

**T.C.
BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİMİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**HAZIRLAYAN
Yiğit TUNÇSİPER**

**TEZ DANIŞMANI
Prof. Dr. Kudret GÜVEN**

Ankara-2018

**T.C.
BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİMİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**HAZIRLAYAN
Yiğit TUNÇSİPER**

**TEZ DANIŞMANI
Prof. Dr. Kudret GÜVEN**

Ankara-2018



BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

YÜKSEK LİSANS / DOKTORA TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU

Tarih: 07 /09/ 2018

Öğrencinin Adı, Soyadı : YİĞİT TUNÇSİPER
Öğrencinin Numarası : 21420153
Anabilim Dalı : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Programı : ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI
Danışmanın Unvanı/Adı, Soyadı : Prof. Dr. KUDRET GÜVEN
Tez Başlığı : GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİMİ

Yukarıda başlığı belirtilen Yüksek Lisans/Doktora tez çalışmamın; Giriş, Ana Bölümler ve Sonuç Bölümünden oluşan, toplam 105 sayfalık kısmına ilişkin, 07 /09/ 2018 tarihinde şahsım/tez danışmanım tarafından TURNİTİN adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 19'dur.

Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç
2. Alıntılar hariç
3. Beş (5) kelimeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

"Başkent Üniversitesi Enstitüleri Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Usul ve Esaslarını" inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Öğrenci İmzası:.....

Onay

07/09/2018

Öğrenci Danışmanı Unvan, Ad, Soyad,

Prof. Dr. Kudret Güven

KABUL ve ONAY SAYFASI

Yiğit TUNÇSİPER tarafından hazırlanan GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİMİ adlı bu çalışma jürimizce Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Kabul (sınav) Tarihi: 07/09/2018

(Jüri Üyesinin Unvanı, Adı-Soyadı ve Kurumu):

Jüri Üyesi: Prof. Dr. Kudret GÜVEN, Başkent Üniversitesi

Jüri Üyesi: Doç. Dr. Zeynep İpek YÜCER AKTÜRK, Başkent Üniversitesi

Jüri Üyesi: Yrd.Doç. Dr. Mustafa ŞAHİN, Gazi Üniversitesi

Onay

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım/...../.....

Prof. DR. İpek KALEMCİ TÜZÜN

ENSTİTÜ MÜDÜRÜ

ÖNSÖZ

Türk hukukunun gelişmelerini takip edip güncel düzenlemelerini örnek aldığı ve çağdaş hukuk sistemleri içerisinde özgürlükçü olarak bilinen Batı hukukunda uzun yıllardır yer alan ancak bizim mevzuatımıza tam anlamıyla 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile 1 Temmuz 2012 yılında dâhil olan genel işlem koşullarına dair düzenlemeler, özel hukuk alanına hâkim olan sözleşme özgürlüğü ve bozulan taraf eşitliğinin tekrar tesisi amacıyla getirilen ve zayıfların korunmasına hizmet eden hükümlerdendir.

Gerçekten de genel işlem koşullarına dair en ayrıntılı düzenlemeler 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 20-25.maddeleri arasında yer almıştır. Ancak birtakım özel kanunlarda da genel işlem koşulları ile ilgili özel düzenlemeler mevcuttur.

Çalışmamızda, öncelikle konu ile bağlı kalarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunun’da yer alan düzenlemelerden; ardından gerek duyuldukça diğer özel kanunlar ve Alman Medeni Kanun’u hükümlerinden faydalanılacaktır. Zira Alman Medeni Kanun’u, genel işlem koşullarına dair düzenlemelerin çıkış noktası sayılmakla beraber kanunumuzda yer alan ayrıntılı düzenlemelerin de kaynağını teşkil etmektedir.

Lisans eğitimi sürecimde kendinden ders aldığım, bu süreçte bana fikirleri ve yönlendirmeleri ile yol gösteren, ufkumu genişleten ayrıca “Genel işlem koşullarının denetimi” konulu bu yüksek lisans tezinin hazırlanmasında danışmanlığımı kabul edip eksiklerimi düzelten ve bu araştırmanın tamamlanmasında yardımlarını esirgemeyip çokça emeği geçen Sayın Dekanım **Prof. Dr. Kudret GÜVEN**’e ve aynı şekilde diğer bütün hocalarıma sonsuz teşekkürlerimi borç bilirim.

ÖZET

Türk hukukunun gelişmelerini takip edip güncel düzenlemelerini örnek aldığı ve çağdaş hukuk sistemleri içerisinde özgürlükçü olarak bilinen Batı hukukunda uzun yıllardır yer alan ancak bizim mevzuatımıza tam anlamıyla 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile 1 Temmuz 2012 yılında dâhil olan genel işlem koşullarına dair düzenlemeler, özel hukuk alanına hâkim olan sözleşme özgürlüğü ve bozulan taraf eşitliğinin tekrar tesisi amacıyla getirilen ve zayıfların korunmasına hizmet eden hükümlerdendir.

Gerçekten de genel işlem koşullarına dair en ayrıntılı düzenlemeler 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 20-25.maddeleri arasında yer almıştır. Ancak birtakım özel kanunlarda da genel işlem koşulları ile ilgili özel düzenlemeler mevcuttur.

Çalışmamızda, öncelikle konu ile bağlı kalarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda yer alan düzenlemelerden; ardından gerek duyuldukça diğer özel kanunlar ve Alman Medeni Kanun'u hükümlerinden faydalanılmıştır. Zira Alman Medeni Kanun'u, genel işlem koşullarına dair düzenlemelerin çıkış noktası sayılmakla beraber kanunumuzda yer alan ayrıntılı düzenlemelerin de kaynağını teşkil etmektedir. Özetle tezimizde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 20-25 arasında düzenlenen Genel İşlem Koşullarının yorum denetimi, yürürlük denetimi, içerik denetimi ve idari denetim konuları detaylı incelenmiştir.

ABSTRACT

The most detailed regulations are taking part in Turkish law with the acceptance of Code of Obligations no. 6098 which is registered to our system in 1st July 2012.

In my dissertation, the regulations in the Turkish code of obligations, the related private law topics and German civil law rules that are related with the 6098th code of obligation. As the German civil law is being accepted as the starting point of the standartized terms of contract in law, it is used in the disseration for theoretical analysis.

To conclude, in the dissertation, contents between 20th and 25th topics of Turkish Code of Obligations no. 6098 is detailly analyzed with their content audit, operational and validity controls and administrative audit perspectives.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	I
ÖZET	II
ABSTRACT	III
İÇİNDEKİLER.....	IV
KISALTMALAR	VIII
GİRİŞ.....	1
I. Konunun Sunumu	1
II. Konunun Sınırlandırılması	2
BÖLÜM I. GENEL İŞLEM KOŞULLARINA BAKIŞ.....	3
§1. Kavram ve Tarihçe.....	3
I. Genel İşlem Koşulları Kavramı ve Tanımı	3
II. Genel İşlem Koşullarının Tarihçesi.....	5
A. Genel İşlem Koşullarının Doğuşu ve Gelişimi	5
B. Türk Hukukunda Genel İşlem Koşulları	6
III. Genel İşlem Koşullarının Benzer Kavramlardan Ayırt Edilmesi.....	8
A. Haksız Şartlar	8
B. Genel İş Koşulları.....	10
§2. Genel İşlem Koşullarının İşlevi ve Sakıncaları	11
I. Genel İşlem Koşullarının İşlevi	11
A. Genel İşlem Şartları Standardizasyon ve Rasyonalizasyon Sağlar	11
B. Genel İşlem Koşulları Sözleşmelerin Hızlı Bir Şekilde Hayata Geçmesini Sağlar	12
C. Genel İşlem Koşulları Uzmanlaştırma Sağlar	12
D. Sözleşme Maddelerindeki İfadelerin Yorumundan Doğan Sakıncaların Önlenmesini Sağlar	12
II. Genel İşlem Koşullarının Sakıncaları.....	12
§3. Genel İşlem Koşullarının Unsurları	14
I. Birden Çok Sayıdaki Sözleşmede Kullanmak Amacıyla Hazırlanmak.....	14
II. Tek Yanlı Hazırlanıp Sözleşmenin Karşı Tarafına Sunulmak	15
III. Soyut ve Genel Nitelikte Olmak	17
IV. Kurulan Bir Sözleşmenin Hükümleri Arasında Olmak	17

§4. Genel İşlem Koşullarının Hukuki Niteliği.....	18
I. Norm Teorisi.....	18
II. Sözleşme Teorisi	19
§5. Genel İşlem Koşullarının Uygulama Alanı.....	20
I. Kişi Bakımından Uygulama.....	21
II. Konu Bakımından (Maddi Olarak) Uygulama	23
III. Zaman Bakımından Uygulama	25
A. Sözleşme Kapsamına Girmesi Bakımından	26
B. Yorum Bakımından	27
C. İçerik Denetimi Bakımından	27
BÖLÜM II. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ SÖZLEŞMEYE DÂHİL EDİLMESİ	
ŞARTLARI (YÜRÜRLÜK DENETİMİ)	29
§1. Genel Olarak	29
§2. Genel İşlem Koşullarının Sözleşmeye Dâhil Olması İçin Gerekli Olan Unsurlar	30
I. Genel İşlem Şartlarının Varlığı Hakkında Karşı Tarafa Açıkça Bilgi Verilmiş ve İçeriğinin Karşı Tarafça Öğrenilmiş Olması	30
A. Genel İşlem Şartlarının Varlığı Hakkında Karşı Tarafa Açıkça Bilgi Verilmiş Olması	30
B. Genel İşlem Şartlarının İçeriğinin Karşı Tarafça Öğrenilmiş Olması.....	34
II. Karşı Tarafın Bu Şartları Kabul Etmiş Olması.....	36
A. Açık (Sarih) Kabul	36
B. Örtülü (Zımnî) Kabul	37
C. Global Kabul	39
§3. Yazılmamış Sayılma Yaptırımı.....	41
I. Genel Olarak	41
II. Yazılmamış Sayılma Yaptırımının Hukuki Niteliği.....	42
A. Yazılmamış Sayılmanın Yokluk/Kısmi Yokluk Olduğuna Dair Görüşler.....	42
B. Yazılmamış Sayılma Yaptırımının Kesin Hükümsüzlük/Kısmi Kesin Hükümsüzlük Olduğuna Dair Görüşler	45
C. Yazılmamış Sayılmanın Kendine Özgü Bir Yaptırım Olduğuna Dair Görüşler.....	46
III. Yazılmamış Sayılmanın Hüküm ve Sonuçları	48

BÖLÜM III. GENEL İŞLEM KOŞULLARINDA YORUM DENETİMİ	52
§1. Genel Olarak	52
§2. Genel İşlem Koşullarında Yorum Denetiminin Şartları	54
I. Hükmün Açık ve Anlaşılır Olmaması	54
II. Hükmün Birden Çok Anlama Gelmesi.....	54
§3. Genel İşlem Koşullarında Yorumlamanın Kapsamı ve Sınırı	55
I. Genel Yorum Metotları.....	58
II. Genel İşlem Şartlarına Özel Yorum Metodu.....	59
BÖLÜM IV. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ İÇERİK DENETİMİ	62
§1. Genel Olarak	62
§2. İçerik Denetiminin Ölçütü Olarak Dürüstlük Kuralı	64
I. Genel Olarak	64
II. Kavramsal Olarak Dürüstlük Kuralları	66
III. Dürüstlük Kuralının Özellikleri ve İçerik Denetimi	67
IV. Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetiminde Dürüstlük Kurallarının Uygulanma Alanının Sınırlandırılması	69
§3. İçerik Denetimi ile Geçersiz Kılınabilecek Örnek Genel İşlem Koşulları	71
I. İfa Zamanına İlişkin Hükümler.....	71
II. Sözleşmeden Dönmeye İlişkin Hükümler	73
III. Kullanana Sözleşmeyi Tek Taraflı Değiştirme Hakkı Veren Hükümler	74
IV. Varsayıma Dayanan (Farazî) Beyanlar	76
V. İfadan Kaçınmaya İlişkin Hükümler	77
VI. Ceza Koşuluna İlişkin Hükümler.....	77
VII. Sorumsuzluk Şartları	79
VIII. Sürekli Borç İlişkilerinin Yürürlük Süresine İlişkin Hükümler	79
IX. Sözleşmedeki Kullanan Tarafın Değişebileceğine İlişkin Hükümler	80
X. İspat Yüküne İlişkin Hükümler	80
XI. Alacak Zamanaşımını Değiştiren Hükümler	81
§4. İçerik Denetiminin Hüküm ve Sonuçları	82
BÖLÜM V. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ İDARİ DENETİMİ	84
§1. Genel Olarak	84
§2. İdari Denetim Üzerine Görüşler	86
§3. Mevzuatta İdari Denetim Öngören Kurallar	87

SONUÇ.....	90
KAYNAKÇA	93
EKLER	103
Ek-1.Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik.....	103



KISALTMALAR

ABD.	: Ankara Barosu Dergisi
AÜEHFD.	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY.	: Anayasa
BATİDER.	: Bankacılık Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi
BKKKK.	: Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
DEÜHFD.	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
E.T	: Erişim Tarihi
GÜHFD.	: Gazi üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GYD.	: Günümüzde Yargı dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
İBD.	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK:	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İÜHFD.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	: Karar
KBİBB.	: Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası

LHD.	: Legal Hukuk Dergisi
m. (mad.)	: Madde
S.	: Sayı
sf.	: Sayfa
T.	: Tarih
TAAD.	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD.	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK.	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK.	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK.	: Türk medeni kanunu
TSHŞHY.	: Tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar hakkında yönetmelik
TTK.	: Türk ticaret kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
YD.	: Yargıtay Dergisi

GİRİŞ

I. Konunun Sunumu

Çağdaş hukuk sistemlerinde sözleşme özgürlüğü ilkesi kabul edilmiştir. Buna göre sözleşmenin tarafları, sözleşmenin içeriğini hukuki sınırlar içerisinde diledikleri gibi şekillendirebilmektedir. Ancak sözleşme özgürlüğü, tarafların eşit olduğu veya eşit olduğunun varsayıldığı durumlarda gündeme gelebilir. Yani her iki taraf da sözleşme görüşmeleri esnasında kendi iradesine dayalı pazarlık yapma olanağına sahiptir ve en adil olan hükümler, tarafların kendi iradeleriyle bulunur.¹

Zira zaman içerisinde sözleşme özgürlüğü ilkesi, hukuki sınırlarının tam olarak çizilmemesi sebebiyle birçok sorunu da beraberinde getirmiştir. Büyük çapta üretim yapan ticari şirketler, bankalar, sigorta şirketleri; elektrik, su, doğalgaz gibi temel mal ve hizmetleri sağlayan şirketler, günlük faaliyetleri esnasında yüzlerce hatta binlerce sözleşme yapma ihtiyacı duyan taraflar, önceden hazırlanmış ve üzerinde değişiklik yapılamayan sözleşme hükümleri kullanmaya başlamışlardır.

Ekonomik gelişmeler sonucu yeni pazarlama ve satış yöntemlerinin ortaya çıkması, soyut nitelikteki düzenleyici kuralların ekonomik hayatın ihtiyaçlarını karşılamada yetersizliğini ortaya koymuş, yasa ile düzenlenen sözleşme tiplerinin endüstri toplumunun ihtiyaçlarına uygun hale getirilmesini zorunlu kılmıştır. Bu durum beraberinde yeni sözleşme tiplerinin ve genel işlem koşullarının doğmasına sebep olmuştur.²

Sözleşmenin güçlü olan tarafının önceden uzman kişilerce hazırlattığı bu hükümler, sözleşme özgürlüğüne dayanarak sözleşmenin diğer tarafını ezmeye başlamıştır. Deyim yerindeyse güçlü olanın güçsüz olan karşısındaki konumuna hukuki olarak müdahale edilememiştir.

¹ **AYDOĞDU**, Murat; Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Şartlarının Ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi, sf. 19. **EREN**, Fikret; 6098 sayılı Borçlar Kanunu'na göre hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14.Baskı, Ankara 2012 sf. 297.

² **AÇIKGÖZ**, Osman; Tüketicinin Korunması çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Şartları, 1.baskı, İstanbul 2013, sf.204. **AKMAN**, G. Sermet; 'Genel İşlem Şartları', Yargı Dergisi, Mart 1979, sayı 35, sf. 13.

Bunun üzerine, sözleşme özgürlüğü, önceden çok sayıda hazırlanıp karşı tarafa değiştirme imkânı verilmeyen şartlar taşıyan sözleşmeler bakımından hukuki olarak sınırlandırılmak istenmiştir. Örneğin Alman hukukunda ayrı bir Genel İşlem Şartları Kanunu kabul edilmiş; daha sonra bu kanun AB direktifleri ile güncellenmiş ve Alman Medeni Kanun'una eklenmiştir. Genel işlem koşullarının hukukumuza tam olarak dâhil olması ise 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunun, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmesiyle gerçekleşmiştir.

II. Konunun Sınırlandırılması

Genel işlem koşulları her ne kadar 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile anılsa da TBK haricinde bazı hükümler yer almıştır. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5.maddesinde 'Tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar' düzenlenmiştir. Sadece tüketici işlemleri ile sınırlandırılrsa da aslında genel işlem koşulları ihtiva etmesi bakımından bizim için önemlidir. Bunu dışında, genel işlem koşulları ile ilgili olan bir diğer düzenleme ise 6102 sayılı TTK madde 55/1-f 'teki haksız rekabet kurallarıdır. Ayrıca 6502 sayılı TKHK mad. 5'te de tüketici sözleşmeleri açısından haksız şart teşkil eden hükümler de genel işlem koşullarının özel bir uygulama alanıdır.

Konumuz genel işlem koşullarının denetimidir. Konunun daha iyi anlaşılması için genel işlem koşullarının tanım ve tarihçesi hakkında detaya inmeden yüzeysel bilgiler verilerek konu bütünlüğü esasını da bozulmadan anlatılacaktır. Ardından genel işlem koşullarını maddi olarak tanımlayabilmek adına; hukuki niteliği, unsurları, işlevleri ve uygulama alanları kısaca zikredilecektir. Akabinde de konumuz itibarıyla önem arz eden genel işlem koşullarının denetimi, yargısal ve idari denetim olarak iki ayrı bölüm halinde incelenecek, bu başlıklar altında doktrindeki farklı görüşler ve yargı kararları belirtilecektir. Güçsüz olanın menfaati ile güçlü olanın sözleşmenin içeriğini belirleme isteğinin çatıştığı noktada, Türk hukukunun sağlamaya çalıştığı adalet eksenine ışık tutup belli bazı çıkarımlarla araştırmayı sonlandıracağız.

BÖLÜM I.

GENEL İŞLEM KOŞULLARINA BAKIŞ

§1. Kavram ve Tarihçe

I. Genel İşlem Koşulları Kavramı ve Tanımı

Genel işlem koşulları doktrinde çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Bir tanıma göre *‘müteşebbisin ileride kurmayı düşündüğü ve işletmesinin uğraşı alanına giren sözleşmelerin muhtevalarını önceden tek taraflı olarak tayin ve saptanmasını ifade eder.’*³ Bir başka ifadeye göre ise genel işlem koşulları *‘sözleşme taraflarından birinin, ileride kuracağı sözleşmelerde karşı akidine değiştirilmeden kabul edilmek üzere sunma niyetiyle, önceden tek yanlı olarak saptadığı sözleşme koşullarıdır’*⁴. Üçüncü bir görüşe göre ise *‘Genel kayıtlar adı verilen bu kayıtlar, akdin bir tarafının üçüncü kişilerle yapmayı tasarladığı aynı nevide ve çok sayıdaki akitlerin konusunu teşkil etmek üzere, önceden tespit ettiği birtakım kayıtları ifade eder.’*⁵ Alman Medeni Kanunu’nun 305/1. paragrafında ise genel işlem koşulları, *‘sözleşmenin bir tarafının diğer tarafına, sözleşmenin kuruluşu sırasında sunduğu, çok sayıda sözleşme için önceden formüle edilmiş sözleşme şartları’*⁶ olarak tanımlanmıştır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda genel işlem koşulları, 20 ila 25.maddeler arasında düzenlenmiştir. Genel işlem koşullarını tanımlayıcı bir hüküm, ilgili ilk maddenin hemen ilk fıkrasında (TBK mad. 20/1) yer almaktadır. Buna göre: *“Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken, düzenleyenin ileride çok sayıdaki benzer sözleşmelerde*

³ **TEKİNAY** Selahattin Sulhi/**AKMAN** Sermet/**BURCUOĞLU** Haluk/**ALTOP** Atilla, Borçlar Hukuku cilt I, 5.baskı, sf. 205.

⁴ **ATAMER** Yeşim M, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Sf. 61.

⁵ **TUNÇOMAĞ**, Kenan; 1962 Yılında Yayımlanmış Borçlar Hukuku İle İlgili Yargıtay Kararları Üzerine Kısa İncelemeler, BATİDER yıl 1964 cilt II, sf 443.

⁶ BGB §305/1, Aktaran **YELMEN**, Adem; Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şatları, sf. 47-48.

kullanılmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.’’

O halde, kanunun yaptığı tanıma paralel olarak biz de şöyle bir tanım yapılabilir: ‘Genel işlem koşulları, sözleşme kurulmadan önce, taraflardan birinin hazırladığı/hazırlattığı, sözleşmenin kurulması esnasında karşı tarafa sunduğu ve değiştirme imkânı vermediği, ileride çok sayıda benzer sözleşmelerce kullanılmak amacıyla oluşturulan sözleşme hükümleridir.’

Ancak belirtmekte fayda var ki genel işlem koşulları, kendi başına bir sözleşme ya da sözleşme türü değildir. Genel işlem koşulları, gerekli unsurların sağlanıp da sözleşme içine dâhil olduğu anda hukuki olarak sonuç doğuran sözleşme hükümleridir. Tarafların irade serbestisine dayanarak aralarında oluşturduğu ‘tip sözleşme’’⁷ ‘kitle sözleşme’’⁸, ‘formüler sözleşme’’⁹ yahut ‘çerçeve sözleşme’’¹⁰ kavramları ile karıştırılmamalıdır. Bu tarz sözleşme tiplerinin içerisinde de genel işlem koşulları bulunabilir. Buna karşın bu kavramlar tam olarak birbirini karşılamamaktadır. Zira standart sözleşme veya iltihaki sözleşme kavramları ile anlatılmak istenen sözleşme şartlarının kısmen veya tamamen genel işlem koşullarından oluşması iken, genel işlem koşulları kavramı ile daha sınırlı olarak bir sözleşme içerisindeki tarafların tartışmadan ve şartların tek taraflı olarak belirlendiği ve onaya sunulduğu şartlar anlatılmak istenmektedir.¹¹

Genel işlem koşulları ancak sözleşmenin muhtevasına dâhil olduktan sonra hukuki olarak bir değer kazanır ve anlam ifade eder. Daha öncesinde ise, sözleşmenin kurulması için yapılacak icaba temel teşkil eden bir tasarı veya projeden başka bir şey değildir. ¹²Yani söz konusu koşullar, ancak bir sözleşme içerisinde yer alıp taraflarca kabul edildikten

⁷ Tip sözleşme kavramı için bkz, **SAYMEN**, Ferit, Borçlar Hukuk Dersleri Cilt I, Umumi Hükümler, sf 61. **AKMAN** G. Sermet; Genel İşlem Şartları, GYD, Mart 1979, sf35. **EREN**, Fikret; 6098 sayılı Borçlar Kanunu’na göre hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18.Baskı, Sf. 218.

⁸ Kitle Sözleşme kavramı için bkz, **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, sf 203. **TANDOĞAN** SF.24, **EREN**sf 218, **AYRANCI**, Hasan/ **ARAL** Fahrettin; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9.bası, sf 276.

⁹ Formüler sözleşme kavramı için bkz, **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**sf 203, **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt I, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem-Sözleşme, 5.bası, sf. 232.

¹⁰ Standart Sözleşme kavramı için bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**sf 232. **EREN**sf 215.

¹¹ Cemal Oğuz, Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1993, s. 35.

¹² **SUNGURBEY**, İsmet; Türkiye’de Bankaların İç Yüzü, Tekirdağ 1994, sf 20.

sonra bağlayıcılık kazanırlar. Zira önceden hazırlanmış olmakla birlikte taraf iradelerine uygun düşmeyen genel işlem koşulları hiçbir anlam ve önem arz etmez.

II. Genel İşlem Koşullarının Tarihçesi

A. Genel İşlem Koşullarının Doğuşu ve Gelişimi

Türk Borçlar Kanunun'da yer alan hükümler ile hukukumuzda dâhil olan genel işlem koşullarının hukuk dünyasında temeli sayılabilecek görünümü, 9 Ağustos 1976 tarihli Alman Genel İşlem Şartları Kanununun Düzenlenmesine İlişkin Kanunda yer almaktadır. 2001 yılına kadar yürürlükte kalan bu kanunda yer alan genel işlem koşulları ile ilgili düzenlemeler günümüzde Alman Medeni Kanun'un (BGB) 305-310. paragrafları arasında on madde halinde tanzim edilmiş olup Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan genel işlem koşulları ilişkin maddeler düzenlenirken, gerekçelerde de sürekli atıfta bulunulduğu üzere, mezkûr maddeler dikkate alınmıştır.¹³ O halde genel işlem koşulları içeren sözleşmelere müdahale edilmesi fikri ilk olarak Almanya'da doğmuştur.

Bunun dışında Türk Hukukunda genel işlem koşulları düzenlenirken, 20.maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere 5 Nisan 1993 tarihli ve 93/13/EWG sayılı "Tüketici Sözleşmelerindeki Kötüye Kullanılabilecek Şartlara İlişkin Direktif"te ve Avrupa Konseyi tarafından Avrupa Parlamentosuna sunulan Avrupa sözleşme hukukuna yönelik 2003/C 63/01 sayılı eylem planının 4.2 maddesinde genel işlem koşullarına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler de dikkate alınmıştır.

818 sayılı Borçlar Kanunu'na kaynak teşkil eden İsviçre Borçlar Kanunu'nda ise genel işlem koşullarıyla ilgili somut bir düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak genel işlem koşulları 'Haksız Rekabetin Önlenmesine İlişkin Kanun' kapsamına giren uyuşmazlıklar açısından uygulanabiliyordu.

¹³ **AKMAN**, Alpaslan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Şartları, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 86, sayı2012/5, Eylül- Ekim 2012, sf. 14.

B. Türk Hukukunda Genel İşlem Koşulları

6 Mart 2003 tarihinde, o dönem yürürlükte olan 4077 sayılı TKHK'ya eklenen, 'Sözleşmedeki Haksız Şartlar' başlıklı altıncı madde ile hukukumuzda ilk kez genel işlem koşullarına müdahale imkânı sağlanmıştır. Maddede yer alan tanım metni, "Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır." Şeklinde kaleme alınmıştır.

Haksız şart tanımını 'iyi niyet kuralı' ve 'tüketicinin aleyhine olma' kavramlarına endeksleyen bu tanım, Türk Hukukunda bir başlangıç yaptığı için başarılı sayılabilir. Ancak maddenin yer aldığı kanunda da anlaşıldığı üzere, bu uygulama ancak tüketici işlemlerinde uygulanabiliyor, bunun dışındaki ihtilaflar için yetersiz kalıyordu. Taraflardan birinin sadece tüketici olduğu durumlar değil, her koşulda uygulanabilecek, geniş ölçekli bir düzenlemeye ihtiyaç duyuluyordu.

Yargıtay kararlarında da aynı dönemde verilen kararlarda, tüketici aleyhine hükümler tıpkı şimdiki genel işlem koşullarındaki denetim gibi işlemeye başlamıştır. Örneğin Yargıtay bir kararında;¹⁴Sözleşmenin standart olarak hazırlanıp banka tarafından hazırlandığı ve boş alanların daha sonradan doldurulduğu, kalın harflerle düzenlenmediği, tüketicinin aleyhine olan hükümlerin tüketiciyle müzakere edilerek eklendiğinin ispat edilemediğinden söz ederek aleyhe olan hükümleri haksız şart saymış ve söz konusu hükümlere dayanılarak tüketiciden kredi kartı üyelik aidatı istenemeyeceğine hükmetmiştir. Her ne kadar haksız şartla genel işlem koşulları kavramlar aynı olmasa da, sözleşmenin standart olarak hazırlanması, aleyhe olan hükümlerin taraflarca müzakere edilmemesi ve yazıların küçük puntoyla kaleme alınması gibi unsurların tespiti bakımından genel işlem koşullarının denetimi bakımından bir zemin hazırlanmıştır.

¹⁴ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2008/4345 E. 2008/6080 K. Sayılı 02.05.2008 tarihli karar.

Yargıtay yine bir kararında¹⁵ : kayıt formunun alt kısmında yer alan şartların, karşı taraf ile müzakere edilmeden hazırlandığının anlaşıldığından bahisle, yüksek bir orandan belirlenen gecikme faizine dair hükmü geçersiz saymıştır. Yüksek mahkeme, yapılan bir tüketici sözleşmesinde tüketici ile müzakere edilmeden konulan hükmün uygulanmasına müsaade etmemiştir. Nitekim bu şartın, sözleşmenin karşı tarafı olan tüketiciyi bağlamayacağını ortaya koyup isabetli bir karar vermiştir. Bu karar neticesinde varılması gereken sonuç; yeni TBK'nın yürürlüğe girmesinden önce, genel işlem koşulları içeren bazı sözleşme türleri bakımından bir denetimin mümkün olduğudur.

Bunun dışında genel işlem koşulları hakkındaki yargısal denetiminin, özel hükümlerle doğrudan olduğu kadar genel hükümler ve temel hukuk ilkeleriyle dolaylı olarak da yapılmaya çalışılmaktadır. Yargıtay, hakkın kötüye kullanılması bağlamında sadece tüketicilerle ilgili olmaksızın genel işlem koşullarının denetlenmesi hakkında çeşitli hükümler kurmuştur. Örneğin, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında¹⁶ tarafların tüketici olmamasına rağmen TTK 766.maddesinden hareketle bir hüküm kurmuş ve birtakım sözleşme şartlarını geçersiz saymıştır.

Türk Borçlar Kanunu'nda 20 ila 25.maddeleri kapsayan ve detaylı bir şekilde düzenlenen genel işlem koşulları, kapsayıcı bir uygulama alanı sunmuştur. Öyle ki kanunun 20/son fıkrasında, genel işlem koşulları içeren sözleşmelerin içerdiği mal veya hizmetin türü ve niteliğine bakılmaksızın ilgili hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Nitekim söz konusu hizmetin kamu kurumlarından alınan izin/ruhsat vasıtasıyla yürütülmesi yahut hizmetin görülmesi hakkında özel bir kanun bulunması da bu sözleşmelerde genel işlem koşullarına dair koruyucu hükümlerin uygulanmasına engel değildir.

TBK 20.maddenin son fıkrasında da yukarıdaki açıklamalarımıza paralel olarak; *“Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetin kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmeler de niteliklerine bakılmaksızın uygulanır”* ibaresi yer almıştır. Buna göre, genel

¹⁵ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2007/510 E. 2007/1989 K. Sayılı 15.02.2007 tarihli karar (Kazancı İçtihat Bankası).

¹⁶ YHGK, 1979/11-1775 E. 1981/563 K. sayılı 03.07.1981 tarihli kararı; Aktaran; **ARSLAN** Alparslan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Şartları, İstanbul Barosu Dergisi Eylül-Ekim 2012, sf. 379.

işlem koşulları içeren sözleşmelerin yargısal denetiminde, söz konusu koşulların hangi kişi veya kurum tarafından hazırlanıp sunulduğuna bakılmaksızın TBK 20-25.maddeler uygulanacaktır. O halde, genel işlem koşullarına dair düzenlemeler, genel nitelikli olup kanun veya yetkili makamlar tarafından sunulan koşullara dahi uygulanmalıdır.

Sonuç olarak söyleyebiliriz ki, hukukumuzda genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin kaynağı Alman Medeni Kanunu'dur. Nitekim BGB, genel işlem koşullarını Avrupa Birliği hukukunu da dikkate alarak detaylı bir şekilde düzenlemiş ve örnek bir kanun olmuştur. Eğer genel işlem koşulları hakkındaki düzenlemeler, sözleşme özgürlüğüne yapılan modern bir müdahale şeklinde algılanırsa, bu konudaki ilk modern adımların da Almanya'da atıldığı kabul edilmelidir.

III. Genel İşlem Koşullarının Benzer Kavramlardan Ayırt Edilmesi

A. Haksız Şartlar

6502 sayılı TKHK m. 5'e göre, "haksız şart", "*Tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır.*" şeklinde tanımlanmıştır. Haksız Şartlar Yönetmeliği m. 4/c'ye göreyse haksız şart, "*Tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarını*" ifade etmektedir. Mevzuattaki tanımlardan yola çıkılarak, haksız şart kavramının tüketici aleyhine konulan şartlar olduğu söylenebilir.

O halde haksız şartlar, tıpkı genel işlem koşulları gibi, tüketici müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen şartların bütünüdür. Ancak müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen bir şartın haksız şart sayılabilmesi için ek olarak dürüstlük kurallarına göre tüketicinin aleyhine menfaat dengelerini sarsması gerekmektedir.

Haksız şartların çoğunlukla yer aldığı sözleşmeler, bankalar ile tüketiciler arasında yapılan kredi sözleşmeleri, sigorta, taşımacılık, elektrik, su vb. hizmetlerin sunumu gibi alanlar olmakla bu tür sözleşmeler giderek yaygınlaşmaya başlamıştır.¹⁷ Dolayısıyla bir sözleşmedeki haksız şartların denetlenebilmesi için öncelikle o sözleşmenin taraflarından birinin tüketici olması gerekmektedir. Zira 6502 sayılı TKHK m. 5 uygulama alanı itibarıyla sadece tüketicilere karşı kullanılan genel işlem koşullarının denetlenmesi imkânı getirmiş, buna karşılık tüketici olmayanlar özellikle tacirler arasında kullanılan genel işlem koşullarının denetimi düzenleme alanı dışında bırakılmıştır.¹⁸

Haksız şartların sadece tüketicinin taraf olduğu sözleşmelerde denetlenebilmesi, genel işlem koşulları ile arasındaki en büyük farkı oluşturmaktadır. Zira genel işlem koşullarına dair TBK m. 20-25 arasında, bu hükümlerin uygulanma alanını sınırlayan herhangi bir düzenleme bulunmamaktayken haksız şartların denetlenebilmesi için sözleşmenin 6502 sayılı TKHK uyarınca tüketicinin taraf olduğu bir sözleşme olması gerekmektedir. Bu yönüyle haksız şartlara dair hükümler, genel işlem koşullarına göre daha özel bir uygulama alanına sahiptir ve alanına giren uyuşmazlıklar açısından öncelikle uygulanacaktır.

Haksız şartlarla genel işlem koşullarının yaptırımları bakımından da aralarında farklılıklar olduğu söylenebilir. Nitekim haksız şartların yaptırımına bakıldığında, TKHK'nın 5. maddesinin ikinci fıkrasında, “*Tüketicikle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.*” hükmü mevcuttur. Buna göre, tüketicinin taraf olduğu sözleşmelerdeki haksız şartlar kesin olarak hükümsüz olup karşı tarafın bu şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacağına dair iddiası dinlenmez. Ancak buna karşılık genel işlem koşullarının yargısal denetimine takılan şartlar açısından çeşitli yaptırımlar mevcuttur. Çalışmamızın özel konusu gereği aşağıda genel işlem koşullarının yargısal denetimi ve bu denetimin hüküm ve sonuçları incelenecek olup detaylıca açıklanmaya çalışılacaktır.

¹⁷ ÇINAR, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009, Sf. 20.

¹⁸ ATAMER, Yeşim M; Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1 ile Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 8 Nisan 2011, sf. 10.

B. Genel İş Koşulları

Genel iş koşulları kavramıyla kastedilen, işveren tarafından tek taraflı olarak önceden genel ve soyut bir biçimde hazırlanan kurallar bütünüyle işverenin çalışma süreci içinde tek taraflı fiili davranışlarıyla oluşan işyeri uygulamalarıdır. Bu çerçevede genel işlem koşullarıyla birlikte ele alınıp, değerlendirilmesi gereken genel iş koşullarının türlerini standart/tip iş sözleşmeleri, iç yönetmelikler, işverenin genel vaatleri ve işyeri uygulamaları şeklinde sınıflandırılabilir.¹⁹ Zira işletmelerin giderek büyümesi neticesinde çalışma koşullarının bireysel planda düzenlenmesi imkânsızlaştığından, işverenler işçilerle olan ilişkilerini bir grup veya toplulukla olan ilişkiler biçiminde düzenlemek zorunda kalmışlardır. Diğer bir deyişle sanayileşmenin yarattığı kitlesel ilişkiler çalışma yaşamına yeknesak bir yapı kazandırma zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır. Bu bağlamda genel iş koşulları ile genel işlem koşulları arasında fonksiyonları, unsurları ve varlık nedenleri açısından büyük benzerlikler bulunmaktadır.²⁰ O halde genel iş şartları, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen genel işlem koşullarının iş hukukundaki yansımasıdır. Nitekim genel iş koşulları da işveren tarafından önceden tek taraflı olarak hazırlanmış ve işçiyle müzakere edilmeden ona sunulmuş şartlardır.

Bu kapsamda genel işlem koşullarına dair düzenlemelerin yer aldığı Türk Borçlar Kanununda, kişi açısından herhangi bir sınırlandırma olmadığından bu düzenlemelerin koruyucu etkisinden işçilerin de faydalanabileceği aşîkârdır.²¹ Dolayısıyla genel iş koşullarını, genel işlem koşullarının iş hukukundaki yansıması olarak kabul edilirse, TBK 20 ila 25.madde arasındaki düzenlemelerin genel iş koşulları açısından da aynen geçerli olduğu savunulabilir.

Ancak iş hukukuna hâkim olan “işçi lehine şart ilkesi” gereği özel iş hukuku kaynakları yani toplu iş sözleşmeleri, iş sözleşmeleri, iç yönetmelikler gibi kaynaklar aynı konuda farklı düzenlemeler içermekteyse, işçinin lehine hüküm ihtiva eden düzenleme uygulanma önceliği kazanır. Bu kapsamda, işçinin aleyhine nitelik taşıyan bireysel sözleşme hükmü daha sonra genel iş koşullarıyla işçinin lehine değiştirilmişse, bu durumda

¹⁹ SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, Beta Yayınları, 13. Baskı, İstanbul 2017, Sf. 59.

²⁰ SÜZEK, Sf. 59.

²¹ SÜZEK, Sf. 59.

işçi lehine şart ilkesi devreye girmeli ve genel iş koşulunun uygulanmasına öncelik verilmelidir.

§2. Genel İşlem Koşullarının İşlevi ve Sakıncaları

I. Genel İşlem Koşullarının İşlevi

Genel işlem koşulları, endüstri devriminin bir ürünüdür.²² Modern hayatta kimi mal ve hizmetlerin seri halde üretilip geniş insan topluluklarına satılması sonucu, bu hizmet veya malı satan taraflar, her bir alıcı için farklı sözleşme yapmak ve vakit kaybetmek yerine, ticari hayata uygun olarak genel işlem koşulları içeren sözleşmeler hazırlamışlardır. Ayrıca ekonomik gelişmeler sonucu yeni pazarlama ve satış yöntemlerinin ortaya çıkması, soyut nitelikteki düzenleyici kuralların ekonomik hayatın ihtiyaçlarını karşılamada yetersizliğini ortaya koymuş, yasa ile düzenlenen sözleşme tiplerinin endüstri toplumunun ihtiyaçlarına uygun hale getirilmesini zorunlu kılmıştır. Bu durum beraberinde yeni sözleşme tiplerinin ve genel işlem koşullarının doğmasına sebep olmuştur.²³ Sonuç olarak genel işlem koşulları, modern hayatın ihtiyaçları neticesinde ortaya çıkmış ve benimsenmiştir.

A. Genel İşlem Şartları Standardizasyon ve Rasyonalizasyon Sağlar²⁴

Genel işlem koşullarıyla standart sözleşme tipleri hazırlanmakta ve bu sayede her bir alıcı/talep edici için ayrı bir sözleşme ve farklı hükümler yerine tek bir sözleşme hazırlanmaktadır. O halde genel işlem koşulları, gündelik hayatta tıpkı kanunlar gibi, tarafı olan bireyler açısından genel ve soyut düzenlemeler içermektedir. Ayrıca söz konusu düzenlemelerin önceden hazırlanıp tek tip olarak basılması, sözleşmenin sunulduğu her bir karşı taraf için eşit şartlar ihtiva etmekte ve ikili uygulamaların önüne geçilmektedir.

²² EREN Sf. 215.

²³ AÇIKGÖZ, Osman; Tüketicinin Korunması çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Şartları, 1.baskı, sf.204. AKMAN, G. Sermet; 'Genel İşlem Şartları', Yargı Dergisi, Mart 1979, sayı 35, sf. 13.

²⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP Sf. 156 vd. EREN sf. 215.

B. Genel İşlem Koşulları Sözleşmelerin Hızlı Bir Şekilde Hayata Geçmesini Sağlar

Genel işlem koşulları, sözleşmelerin hızlı bir şekilde hayata geçirilmesi ve buna bağlı olarak sözleşme konusu mal veya hizmetin de karşı tarafa aynı çabuklukta sağlanması konusunda büyük bir avantaja sahiptir. Bu yönden genel işlem koşulları, birer zamandan tasarruf aracı olarak görülebilmekte ve gün içinde çok sayıda sözleşme yapmak zorunda kalan kişi ve kuruluşların yegâne tercihi olmaktadır. Kaldı ki genel işlem koşullarının küresel çapta kabul görüp yaygınlaşma sebebi de kanımızca budur.

C. Genel İşlem Koşulları Uzmanlaştırma Sağlar

Genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine girmesiyle beraber, ileride ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar bakımından oluşabilecek boşluklar giderilmektedir. Zira bu şekilde genel işlem koşullarının ‘uzmanlaştırma fonksiyonu’ndan bahsedilebilir. Yani genel işlem koşulları ile beraber sözleşmelerde önceden öngörülemeyen kimi durumların yarattığı duraksamaların önüne geçilmektedir.

D. Sözleşme Maddelerindeki İfadelerin Yorumundan Doğan Sakıncaların Önlenmesini Sağlar

Genel işlem koşullarındaki ifadeler, konunun uzmanları tarafında hazırlanır ve standarttır. Bu sebeple bireysel sözleşmelere karşı daha kapsayıcı ve net hükümler içermesi tabiidir. Ancak bu ifadeler yoruma ihtiyaç duysalar dahi, kanunun emredici hükmü gereği düzenleyen aleyhine ve karşı taraf lehine yorumlanacağından karşı taraf açısından herhangi bir sakınca doğmasının önlenmesi ve düzenleyene de bunu göze alarak hükümleri başka herhangi bir anlama gelmeyecek şekilde açık bir dille kaleme alması gerektiği yönünde bir baskı kurar.

II. Genel İşlem Koşullarının Sakıncaları

Genel işlem koşullarını kullanmak, kullanan taraf açısından her ne kadar faydalı olsa da bir de sunulan yani sözleşmenin karşı tarafı için de bir o kadar sakıncalı

olabilmektedir. Bir kere sözleşmenin kurulması açısından hayati önem taşıyan pazarlık ve müzakere aşamaları genel işlem koşulları ihtiva eden sözleşmelerde bulunmamaktadır. Bu sebeple klasik (bireysel) sözleşme türünden, modern (tip, standart) sözleşme tipine geçildiğini kabul etmek gerekir.

Genel işlem koşulları içeren sözleşmelerin tarafları arasında, söz konusu sözleşmenin uygulama şartları ve kapsamını belirleyebilmek adına herhangi bir müzakere söz konusu değildir. Ferdî (hususî) uyuşma, genellikle birbirinin karşılığını teşkil eden her iki temel edimin (özellikle eşya veya hizmet edimi ile bedelin) tespiti ile sınırlıdır.²⁵

Genel işlem koşullarına ilişkin hükümler, kapsam itibarıyla çok geniş, soyut ve karmaşıktır.²⁶ Çünkü genel işlem koşulları, alanı ile ilgili en yetkili kişilere hazırlanmaktadır. Bu sebeple söz konusu şartlarda kullanan aleyhine en ufak bir açıklık bırakılmamasına dikkat edilmektedir. Yine burada yer alan hükümler genellikle çok uzun olarak hazırlanır. Mesela bankacılık uygulamasında bir mevduat hesabı açma sözleşmesi 10-15 sayfalık bir metin teşkil etmektedir. Bunun sonucu olarak da iş adamları ve hukukçular dışında (hatta onlar bile) çoğu kimse genel işlem koşullarını baştan sona okuyamazlar. Hatta bu kimseler söz konusu metinleri okusalar dahi bu hükümlerin anlam ve önemini kavramakta zorluk çekebilirler.²⁷

Buna ek olarak genel işlem koşullarını hazırlayan ve kullanan taraf kendisini, sözleşmenin diğer tarafına göre hukuken çok daha üstün bir konuma getirebilir. Nitekim kullanan salt kendi menfaatlerini gözeterek bir hukuki durum yaratabilir.

Kanaatimizce bu durumun kötüye kullanıma elverişli olması sebebiyle olumsuz sonuçları beraberinde getirebilir. Zira sözleşmeyi hazırlayıp karşı tarafa hiçbir şekilde söz hakkı vermeden kabul ettirecek bir kudretin aynı zamanda bu sözleşmenin daha adil olması açısından kendi aleyhine hükümler koyması zor görünmektedir. Kaldı ki genel işlem koşullarını kullanan taraf, sözleşmeyi baştan sona kendi menfaatlerine göre hazırlayabilir yahut uzman kişilere hazırlatabilir. Bu durum ise sözleşme özgürlüğü adı altında zayıf olan

²⁵ AKMAN, GİŞ, Sf. 13-14. AKMAN, Sorumsuzluk, sf. 88. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP Sf. 204.

²⁶ AKMAN, GİŞ Sf. 14. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Sf.204.

²⁷ AKMAN GİŞ Sf. 15. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP Sf. 207. YELMEN, Sf. 66.

tarafın menfaatlerinin baltalanması sonucu doğurur ki hukuk düzeni buna müsaade etmemelidir.

§3. Genel İşlem Koşullarının Unsurları

Doktrinde genel işlem koşullarının unsurları incelenirken çeşitli ayrımlar yapılmaktadır.

Bir görüşe göre²⁸ genel işlem koşullarının unsurları dört başlık altında incelenmelidir. Buna göre genel işlem koşulları, a) Bir sözleşmenin şartlarını oluşturmaları, b) Sözleşmenin kurulmasından önce düzenlenmeleri, c) Birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılmak üzere düzenlenmeleri, d) Genel işlem koşullarını kullanan bakımından sözleşmeye dâhil edilmek niyetiyle karşı tarafa sunulmalarıdır.

Diğer bir görüş²⁹ ise genel işlem koşullarının unsurlarını 5 ayrı başlık altında incelemektedir. Buna göre bahsedilen unsurlar, a) Müzakere edilmemiş olma, b) Sözleşmenin kurulmasından önce tek taraflı olarak sunulmuş olma c) Genel ve soyut olma, d) Çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanma, e) Sözleşmenin kurulması sırasında bunlara dayanılması şeklindedir.

Bizim de katıldığımız bir görüşe³⁰ göre genel işlem koşullarının dört unsuru vardır ve bunlar aşağıda sıralı olarak incelenecektir. Zira bu görüş, genel işlem koşullarının tüm asli unsurlarını şekli ve amaçsal olarak kapsamaktadır.

I. Birden Çok Sayıdaki Sözleşmede Kullanmak Amacıyla Hazırlanmak

Genel işlem koşulları, ileride çok sayıda benzer, aynı tür sözleşmede kullanılmak amacıyla hazırlanmalıdır. Ancak bu amaçla hazırlanan genel işlem koşulları, ileride benzer sözleşmelerde fiilen kullanılmamış olabilir.³¹ Zira bu şartın sağlanması için asıl önemli

²⁸ **ATAMER**, Denetleme sf. 62 vd. Bkz. **HAVUTÇU**, Ayşe; Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, Sf. 74 vd.

²⁹ **YAVUZ**, sf.35 vd.

³⁰ **EREN**, sf. 218 – 219.

³¹ **EREN**, Sf. 218.

olan, ileride kurulacak çok sayıdaki sözleşmede bu şartların kullanılma amacıdır. Fiili kullanma kıstası burada dikkate alınmamaktadır. Yani satıcı veya sağlayıcı bir defa kullanmış olsa bile daha önceden hazırlanan koşullara dayanıyorsa, bu durum gerçekleşmiş olur. Örneğin kira sözleşmesi akdeden kişinin matbu kira sözleşmesinden faydalanmış olması durumunda da genel işlem koşullarının kullanıldığının kabulü gerekir. Hatta önemli olan genel işlem koşullarının bu amaçla kaleme alınmış olmasıdır. Zira düzenleyenin bir defaya mahsus olarak bu hükümleri kullanması, bu koşulların birden fazla kişi için hazırlandığı gerçeğini etkilemeyecek ve hüküm genel işlem koşulları denetimine tabi olacaktır.

GİŞ varlığından bahsedebilmek için bunların ya sözleşme kurulmadan yazıya dökülmüş olması ya da en azından işletme tarafından yazılı olmadan belirlenmiş olması gerekir. Yazıya dökme el yazısı, daktilo, bilgisayar çıktısı yolu ile şartların kaleme alınması ve müşteriye bir nüshasının verilmesi şeklinde veya sözleşme mekânına asılarak gerçekleştirilebilir. Yazılı olmayan genel işlem koşullarının varlığından bahsedebilmek için bunların genel işlem koşullarını kullananın kafasında şekillenmiş olması ve örneğin onun tarafından tüm temsilcilerine bu şartın ezberletilerek ileride yapılacak sözleşmede müşteriye sözlü olarak kabul ettirilmesinin tembihlenmiş olması gereklidir ki hiç kuşkusuz bu durumla çok nadir karşılaşılacaktır.³²

Genel işlem koşullarını içeren benzer sözleşmelere, standart, tip, formüler veya kitlesel sözleşmeler de denilmektedir. Özellikle banka, sigorta, seyahat, taşıma ve iletişim, elektrik, doğalgaz, su, telefon, internet abone hizmeti sözleşmeleri ya da dayanıklı tüketim malzemeleri satım sözleşmeleri de bu tür sözleşmelerdir. Dolayısıyla artık hayatın pek çok alanında genel işlem koşulları içeren sözleşmelerle karşılaşmak mümkündür.

II. Tek Yanlı Hazırlanıp Sözleşmenin Karşı Tarafına Sunulmak

Genel işlem koşulları, hazırlayan veya sunan tarafça çok sayıda çoğaltılıp, sözleşmenin kurulması esnasında karşı tarafa müzakere fırsatı vermeden sunmasıyla genel işlem şartı niteliği kazanır. Bu koşulları düzenleyen taraf, bunları müzakere etmek,

³² ATAMER Sf. 65; YAVUZ, Sf. 73.

tartışmak amacıyla değil, konuşulmadan kabul edilmek amacıyla karşı tarafa sunmaktadır.³³ Örneğin ev satın almak için bankaya konut kredisi sağlaması için başvurduğunda, banka o kişiyle konut kredisi sözleşmesi kurmak için sadece elinde matbu olarak basılı ve içerisinde sözleşme şartlarının düzenlendiği formu bu kişiye sunmakla yetinir. Sözleşme metinlerini banka daha önceden konunun uzmanı kişilere hazırlatmıştır.

Belirtmek gerekir ki standart şartların bizzat satıcı veya sağlayıcı tarafından hazırlanmasına gerek yoktur. Başkasının hazırladığı genel işlem koşullarını havi standart sözleşmenin satıcı veya sağlayıcı tarafından kullanılması halinde de önceden tek taraflı olarak belirlenme unsuru gerçekleşmiş olur³⁴. Genel şartların ayrı bir kısımda belirtilmeden sözleşme metnine alınmış olması, kapsamının çok veya az olması, makine veya el yazısı ile yazılmış olması, basılı olması veya basılı metne el yazısı ile eklenmiş olması sözleşmenin adi yazılı veya resmi şekilde yapılmış olması fark etmez³⁵. Maddi edimi sonradan tek taraflı olarak değiştirme yetkisi meselesinde, sözleşme hukukuna hâkim olan “*pacta sunt servanda*” ilkesi uyarınca kural; değişen şartlara rağmen sözleşmenin ilk başta tayin edilen içerikle ifade edilmesidir. Yani bir sözleşme kurulduğunda; edim ve karşı edimin belirli bir denge içinde olduğu, dolayısıyla bu dengenin bozulamayacağı varsayımı bu alanda belirleyici gerekçe olarak karşımıza çıkmaktadır³⁶.

Sonuç olarak genel işlem koşullarının tek yanlı olarak hazırlanması unsuru, bizzat o koşulların kullanan tarafça hazırlanmış olmasını gerektirmemektedir. Zira kullanan taraf bu koşulları, alanında uzmanlaşmış birtakım kimselere hazırlatıp sözleşmenin karşı tarafına da bu şekilde sunabilmektedir. Nitekim genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına dahil olabilmesi açısından söz konusu koşulların kim tarafından hazırlandığı değil, kimlerce kabul edildiği önemlidir.

³³ EREN, Sf. 219.

³⁴ ZEVKLİLER/ AYDOĞDU, Sf. 160.

³⁵ TANDOĞAN, Sf. 30.

³⁶ Borçlar Kanunu Tasarısının 24. maddesinde konu “Değiştirme Yasağı” yan başlığı altında şu şekilde dile getirilmiştir: “Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar geçersizdir.”

III. Soyut ve Genel Nitelikte Olmak

Genel işlem koşulları kimlikleri önceden belirli kişiler için hazırlanmadıklarından genel nitelikte koşullardır.³⁷Nitekim genel işlem koşullarının karakteristik özelliği, sözleşmenin karşı tarafının önceden belirli olmadığı ve sözleşmede yer alan hükümlerin belirli bir kişi göz önüne alınmadan önceden tek taraflı olarak düzenlenmiş olmasını ifade ederken genel işlem koşullarının soyut niteliği ise, bunların düzenlenme aşamasında zaman ve yer bakımından tamamen belirsiz bir sözleşmeye yönelik olmalarını ifade eder.³⁸Zira genel işlem koşullarının niteliği gereği birden fazla kişi ile bu hükümlerin kullanılması amaçlanmaktadır. Bu koşullar belirli bir kişi için hazırlanmadığı ve birden fazla kişi için uygulanması planlandığı için genel ve soyut nitelik taşıması gerekir. Örneğin genel işlem koşullarında “İşbu konut kredisi sözleşmesi Ahmet Tezel ile kurulmuştur. Bu sözleşmenin kredisi alacaklısı Ahmet Tezel’dir” şeklinde ibareler yer almayacaktır. Sözleşmeye bireysellik katan hususlar genel işlem koşullarının hazırlanmasında boş bırakılıp sözleşme karşı tarafça imzalanırken bu boş kısımlar da onun bilgileri neticesinde doldurulmaktadır.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki soyut ve genel olma ifadesi, genel işlem koşullarının objektif olduğu anlamına gelmemektedir. Zira genel işlem koşulları, yukarıda belirtildiği üzere önceden tek taraflı olarak hazırlanmaktadır ve bu koşullar hazırlayan taraf lehine hükümler içermektedir.

IV. Kurulan Bir Sözleşmenin Hükümleri Arasında Olmak

Aynı tür mal ve hizmeti sağlamak amacıyla düzenlenen bu tür sözleşmelerin içerdikleri metinler, ilke olarak aynı, dolayısıyla özdeş metinlerdir. Ancak genel işlem koşullarının içerdikleri metinlerin mutlaka özdeş olması şart değildir. Bu metinlerin özdeş olmaması da mümkündür.³⁹ Örneğin su aboneliği hizmet sözleşmesinde abone olmak isteyen aynı anda imzalatılan birden fazla sözleşme metni olduğunda; bu sözleşmelerin

³⁷ EREN, Sf. 219.

³⁸ HAVUTÇU Sf. 80.

³⁹ EREN sf. 220.

içeriği benzer yahut farklı olsa dahi her bir sözleşme genel işlem koşullarından sayılacaktır.

Konuyla ilgili olarak TBK'nın 20. Maddesinin ikinci fıkrasında: “aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulları sayılmasını engellemez” hükmü mevcuttur. Buna göre, sözleşmenin karşı tarafına sunulan koşulların genel işlem koşulları sayılabilmesi için içeriklerinin özdeş olması şart değildir. Hâlihazırda kurulan bir sözleşmenin hükümleri arasında bulunmaları, genel işlem koşulu niteliğinde sayılmaları için yeterlidir.

§4. Genel İşlem Koşullarının Hukuki Niteliği

Genel işlem koşullarının hukuki niteliğinin belirlenmesi, söz konusu koşulların sözleşme içeriğine dâhil olması ve taraflar arasındaki bağlayıcılığı açısından son derece önemlidir. Ancak buna karşın genel işlem koşullarının hukuki niteliği konusunda doktrinde kesin bir görüş yoktur. Zira doktrinde yer alan başlıca iki farklı görüşü incelemek ve konuyla ilgili bazı noktalara değinmekte fayda vardır.

I. Norm Teorisi

Genel işlem koşullarına adeta bir kanun gücü veren norm teorisine göre, genel işlem koşulları genel ve soyut hukuk normlarıdır, herkesi bağlar.⁴⁰ Genel işlem koşulları altında yapılan sözleşmelerde, bu şartların sözleşme ilişkisinde bağlayıcılık kazanması için tarafların anlaşmalarına, iradelerinin bu konuda birbirine uygun düşmesine gerek bulunmamaktadır.⁴¹ Norm teorisinin bir zamanlar kabul görülüp benimsenmesinde ise 30 Ocak 1941 tarihli Alman İmparatorluk Mahkemesi kararıdır. Bu kararda⁴², genel işlem koşullarından “hazır ve mevcut bir hukuk düzenine katılmak” şeklinde bahsedilmiştir.

⁴⁰ Geniş bilgi için bkz. **HAVUTÇU** Sf. 93.

⁴¹ **ÇINAR**, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, 1. Baskı, İstanbul 2009, Sf. 59.

⁴² Mahkemenin 1941 yılında verdiği bir kararında “...sık sık çok kapsamlı olabilen genel işlem koşulları çerçevesinde bir sözleşmenin akdedilmesi halinde, aslında sözleşme içeriği olan bu hükümlerin hepsi hakkında sözleşmesel bir uyuşma olduğundan bahsedilemez. Söz konusu olan daha çok hazır ve mevcut

İlk zamanlar büyük ölçüde kabul edilen bu görüş, genel işlem koşullarının herkesi bağlayıcı nitelikte ve objektif hukuk normları olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiş ve terk edilmeye başlanmıştır. Zira yapılan eleştirilerden en önemlisi, objektif hukuk kurallarının insanlar arası ilişkileri hakkaniyete uygun biçimde, objektif değerlere göre düzenledikleri, buna karşılık müteşebbisin kendi çıkarlarını gözeterek hazırladığı genel işlem koşullarının objektif hukuk kurallarına özgü adalet değerlerinden yoksun olduğudur.⁴³ Nitekim burada üzerinde durulan husus, genel işlem koşullarını kullanan tarafın menfaat dengelerini adil bir şekilde gözetmediği ve bu dengeleri adil bir şekilde gözetebilecek olan kanun koyucu ile aynı nitelikte olmadığı vurgulanmak istenmiştir.

Neticesinde, Türk hukuk sisteminde de kabul görmemiş olan norm kuramı uyarınca, genel işlem koşullarının sözleşme içeriği olmasının temelinde, özel hukuk alanında norm koyma yetkisinin akitlerden biri tarafından kullanılması ve diğer tarafın da bunları objektif hukuk kuralları gibi benimsemesi yatar.⁴⁴

II. Sözleşme Teorisi

Doktrinde baskın olarak kabul edilen ve bizim de benimsediğimiz sözleşme teorisine göre, genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsam ve içeriğine girmesi, bunların karşı tarafça kabul edilmesine bağlıdır.⁴⁵ Kabul açık ya da örtülü olabilmekle beraber aslında TBK 21.maddeye göre tek başına yeterli değildir. Zira madde hükmüne göre, *genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır*. O halde karşı tarafın kabulünün yanında ayrıca düzenleyenin karşı tarafa genel işlem koşullarının varlığı hakkında açıkça bilgi vermesi ve karşı tarafın bunların içeriğini öğrenmesine imkân vermesi gereklidir.

bir hukuk düzenine iltihak etmektir ve bu düzene(gönüllü olarak) iltihak edenin içeriği hakkında ne bildiği pek bir önem arz etmez” ifadesi kullanılmıştır. karar için bkz.,**ATAMER**, Denetleme, Sf.77-78.

⁴³ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, Sf.157; **AKMAN**, GİŞ, Sf. 89; **BAHTİYAR**, Sf. 87.

⁴⁴ **ATAMER**, Denetleme, Sf. 78.

⁴⁵ **HAVUTÇU**, sf. 102. **EREN** Sf. 218.

Yine sözleşme teorisine göre genel işlem koşulları ne kanunlar gibi objektif ve soyut; ne de kendine özgü bir hukuk kaynağıdır. Bu koşullar ancak, kendisine sunulan karşı tarafça kabul edildiği takdirde akdî, dolayısıyla tarafları bağlayıcı bir sonuç doğurur.⁴⁶ Yani her şeyden önce, genel işlem koşulları her ne kadar soyut ve genel ifadeler içerse de en nihayetinde bir sözleşmedir ve ancak kendisini kabul eden taraflar arasında bağlayıcılığı bulunmaktadır. Günümüzde Alman Hukukunda da baskın olan bu görüşe⁴⁷ göre, bu koşullar, sözleşmenin içeriğine dâhil edilmeden önce hiçbir anlam ifade etmeyip, ancak, sözleşme ile değer kazanırlar. Diğer bir ifadeyle, genel işlem koşulları metninin önceden kaleme alınması başlı başına hukuki bir işlem olarak nitelendirilemez; sadece taraflardan birinin sözleşme için yaptığı hazırlık çalışmasının ürünü söz konusudur ve salt bu metnin hiçbir hukuki etki doğurması mümkün değildir. Dolayısıyla ancak sözleşmenin karşı tarafı, kendisine sunulan bu koşulları kabul ederse, bunlar hukuk alanında hüküm doğururlar. Sözleşmenin yapılması için irade beyanı niteliğinden öteye geçemeyen genel işlem koşulları tüm bu sebeplerle sözleşme niteliğindeki hükümlerden başka bir şey değildir⁴⁸

Sözleşmeler, tarafların iradelerini birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulduğuna göre genel işlem koşullarının norm teorisi altında incelenmesi son derece isabetsizdir. Zira taraf menfaatlerini gözetmeden salt birtakım ekonomik kaygılarla hazırlanmış sözleşme hükümlerinin herkesi bağlayacağını ileri sürmek ve bu hükümleri sunan tarafa kanun koyuculuk niteliği atfetmek günümüzde kabul görebilecek bir görüş değildir. O halde genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriğine dâhil olduğu andan itibaren her iki taraf açısından bağlayıcı olduğu sonucuna varılabilir. Ancak bu bağlayıcılık, norm teorisindeki gibi katı ve sert olmamakla birlikte, sözleşme teorisiyle hukuk düzeninin müsaade ettiği ölçüdedir.

§5. Genel İşlem Koşullarının Uygulama Alanı

Genel işlem koşulları düzenlememize kaynak teşkil eden BGB’de, bu kuralların uygulama alanı da düzenlenmiştir. Nitekim BGB §310’da kanunun uygulama alanına

⁴⁶ EREN, Sf. 218.

⁴⁷ GEZDER, Ümit, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, İstanbul 1998, Sf. 145.

⁴⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Sf. 157 AKMAN, GİŞ, Sf. 89; HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, Sf. 102.

ilişkin özel düzenlemeler yer almaktadır. Örneğin paragrafın dördüncü fıkrasında genel işlem koşullarına dair hükümlerin aile, miras, şirketler hukuku, toplu iş, işyeri ve hizmet sözleşmelerinde uygulanamayacağı kaleme alınmıştır.⁴⁹ Ancak bizim hukukumuzda genel işlem koşullarının ana kaynağı olan Türk Borçlar Kanunu'nda uygulama sınırlandırmasına dair bir düzenleme yoktur. O halde genel işlem koşulları hakkındaki düzenlemelerin uygulanacağı alanları tespit etmek doktrin ve yargı uygulamalarıyla mümkün olacaktır.

Bu tespitin yapılabilmesi için genel işlem koşullarının uygulama alanı sorununu üç ayrı başlık altında incelemek faydalı olacaktır. Nitekim doktrinde de üçlü ayırım benimsenmiştir. Zira bunlar, genel işlem koşullarının kişi, konu ve zaman bakımından uygulanması şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

I. Kişi Bakımından Uygulama

Yukarıda belirttiğimiz üzere, TBK'da genel işlem koşullarının kişi(taraf)açısından uygulanması adına herhangi bir sınırlayıcı hüküm bulunmamaktadır. Bundan dolayı, TBK 20-25.madde arasındaki düzenlemeler, özel borç ilişkileri içerisinde, sözleşmenin tarafı kim olursa olsun uygulanacaktır. İşçi, işveren, gerçek ya da tüzel kişi, tüketici, tacir gibi sıfatlar genel işlem koşullarının uygulanmasında kural olarak bir önem taşımayacaktır.

Yukarıda bahsettiğimiz kuralın bazı istisnaları olabilir. Sonuçta TBK'daki bu hükümler genel düzenlemelerdir. Aksine özel bir kanun hükmü olmadıkça, işin niteliğine uygun düştüğü oranda uygulanacaklardır. Ancak, özel bir kanunda, TBK'daki genel işlem koşullarına aykırı düşen bir hüküm bulunması halinde öncelikli olarak o kanunun uygulanması gerekecektir. Özel kanunların uygulanma sebebi de başlıkta belirttiğimiz üzere, tarafların hukuki sıfatından dolayı olacaktır.

“TTK m. 18/2'de tacir olmanın sonuçlarından biri olan ‘basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğü’ düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, tacirin TBK m. 20-25'te yer alan düzenlemeler kapsamında ‘karşı taraf’ konumunda olup olamayacağı tereddüdü hâsıl olabilir. Başka bir deyişle, bir tacir, genel işlem koşulları ihtiva eden bir sözleşmede karşı taraf konumunda ise, basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğü, onun için söz konusu

⁴⁹ YELMEN, Sf. 69, dn. 80.

hükümlerle korunmasına engel teşkil eder mi? Hiç şüphesiz, TBK m. 20-25 hükümlerinde herhangi bir sınırlayıcı düzenleme bulunmadığından, tacirler de genel işlem koşulları anlamında ‘karşı taraf’ konumunda ilgili korumalardan istifade edebilir. Çünkü ‘basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğü’⁵⁰ bir tacirin genel işlem koşullarına ilişkin koruyucu hükümlerden yararlanamayacağı anlamına gelmemektedir.

Tacirler, her ne kadar basiretli davranma, davranmadığı zaman da bunun sonuçlarına katlanma yükü altında olsalar da müzakere fırsatı bulamadığı, karşı tarafça kabul etmek zorunda bırakıldığı birtakım sözleşme hükümleri yüzünden TBK m.20-25’in uygulama alanı dışında kalmayacaktır. Nitekim genel işlem koşullarının başlıca amacı, sözleşmenin güçlü yanını korumak değil; sözleşme özgürlüğünü hukuki enstrümanlarla şekillendirip somut durum adaletini sağlamaktır. Yani sözleşmenin karşı tarafı kim olursa olsun bu sözleşme genel işlem koşulları içeriyorsa ve bu şartların aralarındaki hukuki ilişkiye uygulanması sonucunda karşı tarafın menfaatleri büyük ölçüde göz ardı ediliyorsa o halde hâkim, somut olay bakımından TBK m. 20-25 hükümlerini bu sözleşmeye uygulayacak ve genel işlem koşullarını titizlikle denetleyecektir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki genel işlem koşullarına dair düzenlemelere kaynak kabul ettiğimiz BGB’de, tacirlerin genel işlem koşulları korumalarından yararlanma imkânı sınırlandırılmıştır.⁵¹

TBK’da yer alan genel işlem koşullarına dair düzenlemelerin tüketiciler bakımından uygulanıp uygulanamayacağı meselesi incelenecek olursa, tüketicilerin korunması için hâlihazırda yürürlükte bulunan 6502 Sayılı TKHK’ya bakmak gerekmektedir. Nitekim söz konusu kanun özel bir kanun niteliğinde olup tüketicinin taraf olduğu işlem ve sözleşmeler bakımından öncelikli uygulama alanı bulmaktadır. O halde 6502 Sayılı TKHK’da düzenlenmiş bir meselenin çözümünde TBK’nın 20-25.maddeleri arasında yer alan hükümler uygulama alanı bulamayacaktır. Ancak TKHK’da düzenlenme alanı bulmayan konularda, genel bir kanun olan TBK’nın genel işlem koşullarına dair hükümlerinin uygulanma imkânı doğacaktır.

⁵⁰ Tacirin basiretli davranma yükümlüğü ve daha geniş açıklamalar için bkz **ARKAN**, Sabih; Ticari İşletme Hukuku, 16. Baskı, sf.137vd. **AYHAN**, Rıza/**ÖZDAMAR**, Mehmet/**ÇAĞLAR**, Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2013, sf 152 vd.

⁵¹ BGB §310/1’e göre, genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girmesine ilişkin BGB§305/II ve III hükümleri girişimcilere uygulanmaz. Girişimcilerden kasıt, tacirler, ticari işletmeciler, ticari şirketler, aile ve miras şirketleridir. Ayrıntılı bilgi için bkz, **AYDOĞDU** sf. 596.

II. Konu Bakımından (Maddi Olarak) Uygulama

Genel işlem koşullarının konu bakımından uygulanması, aynı zamanda söz konusu hükümlerin maddi olarak ne tür uyuşmazlıklarda devreye gireceğini ifade eder. TBK 20-25.maddeler arasında, bu hükümlerin, hangi tür sözleşmeler veya daha geniş anlamda ifade etmek gerekirse, hangi tür hukuki ilişkilere uygulanacağı hakkında bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak TBK 20.maddenin birinci fıkrasında ‘sözleşme hükümleri’ üçüncü fıkrasında ise ‘genel işlem koşulları içeren sözleşme’ ibaresi yer almaktadır. Bunun dışında, kanun sistematigi olarak konunun düzenlendiği yer (mad. 20-25) itibariyle de konu bakımından düzenleme sorunu çözülebilir.

Öncelikle ifade edelim ki, kanunun sözünden de anlaşılacağı üzere, genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeler öncelikle sözleşmelere uygulanabilir. Ancak bu sözleşmelerin de tabi ki genel işlem koşulları sayılan sözleşme hükümlerini içermesi gerekir. Örneğin ikinci el araba satımında alıcı ve satıcının uzun müzakere ve pazarlık sonucunda birlikte yazılı bir satım sözleşmesi hazırladığı durumda, bu sözleşmede genel işlem koşulları sayılabilecek hüküm olmayacağı için TBK 20-25.madde uygulaması gündeme gelmeyecektir. Ancak sürekli araba alım satım işi ile uğraşan bir galerici, önceden hazırladığı ve muhtelif kısımlarını daha sonra doldurmak üzere boş bırakıp, satım esnasında alıcıya sunduğu bir satış sözleşmesi söz konusu ise, yukarıdaki iki sözleşme türü aynı olsa da bu durumda herhangi bir uyuşmazlık çıkması halinde TBK 20-25. maddeler devreye girecektir.

O halde genel işlem koşullarına dair düzenlemeler, sözleşme içeriğine dâhil olduktan sonra, sözleşmenin türü ve tarafı⁵² ne olursa olsun, uygulanacaktır. Kural böyle olsa da bazı istisnalar dâhilinde genel işlem koşullarına dair bu düzenlemeler uygulanmayabilir. Bu durum ancak TBK’daki genel işlem koşullarını saf dışı bırakacak özel düzenlemelerin varlığı halinde gündeme gelir.

6502 sayılı TKHK’nın5.maddesinde, tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar düzenlenmiştir. Bu durumda 6502 sayılı TKHK kapsamında değerlendirilen tüketici

⁵² Bkz. İKİŞİ BAKIMINDAN UYGULAMA.

sözleşmelerindeki genel işlem koşulları niteliğindeki haksız şartlar için öncelikle bu kanun uygulanır.⁵³Nitekim bu durum, yukarıdaki genel işlem koşullarının kişi bakımından uygulama alanında tüketicilerin durumu bakımından yapılan açıklamalarla örtüşmektedir.

Bunun dışında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda da genel işlem koşullarıyla ilgili bir düzenleme mevcuttur. Nitekim bu düzenleme, haksız rekabete ilişkin TTK 55.maddenin birinci fıkrasının 'f' bendinde yer almıştır. Ancak bu düzenleme, haksız rekabete ilişkin özel bir düzenleme olup doğrudan genel işlem koşullarına dair bir düzenleme değildir. O halde, haksız rekabet içermeyip de TTK m. 55/1-f kapsamına girmeyen durumlar açısından, TBK m. 20-25 uygulanabilecektir.

İş sözleşmeleri bakımından da genel işlem koşulları uygulama alanı bulabilir. Ancak genel işlem koşullarının iş sözleşmesine uygulanması, işçinin mağduriyetine yol açmamalıdır. İş hukukunun amacı işçinin korunmasına yönelik olduğu için, genel işlem koşullarının uygulanması bu amaca aykırı sonuçlar çıkarıyor ise TBK 20-25. Madde hükümleri uygulanmamalıdır. Yani iş sözleşmelerinde genel işlem koşullarına dair düzenlemelerin uygulanması, ancak işçi lehine sonuçlar doğuruyor ise mümkün olmalıdır.

Bir kurumun hazırladığı, aynı zamanda sözleşmeye de taraf olduğu durumlarda TBK 20/4 uyarınca, bu sözleşmelerin niteliklerine bakılmaksızın genel işlem koşullarına dair düzenlemeler uygulanır. Ancak bazı durumlarda, sözleşmenin içeriğinde yer alması kamu gücü tarafından mecbur tutulan hükümler, genel işlem koşulları niteliğinde değildir. Zira bu hükümler kullananın tek taraflı olarak hazırladığı ve ileride birçok sözleşmede istifade etmeyi amaçladığı ve sözleşmenin muhtevasına isteyerek kattığı şartlar veya hükümler değildir.⁵⁴Örneğin, Enerji piyasası Düzenleme Kurumu tarafından, piyasada faaliyet gösteren katılımcılar arasındaki bazı enerji sağlama sözleşmeleri için, sözleşmenin muhtevasında yer alması mecburi tutulan hükümler, genel işlem koşulları niteliğinde değildir.⁵⁵ Yine sözleşmede vergi ödeme yükümlülüğünün hangi tarafa ait olduğunu düzenleyen kayıtlar da genel işlem koşulları özelliği göstermez.

⁵³ YELMEN, sf. 70.

⁵⁴ YELMEN, sf. 71.

⁵⁵ Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. AYRANCI, Hasan; Enerji Sözleşmeleri, sf 271vd. YAVUZ, Mustafa;, sf. 116 vd.

Kanaatimizce, bu tarz hükümler kullanan tarafın bizzat kendi iradesini yansıtmadığı için bu hükümlerin genel işlem koşulları olarak sayılmamasında büyük bir sakınca yoktur. Zira söz konusu hükümler, genel işlem koşullarını kullananın iradesiyle değil birtakım zorunluluklar sebebiyle sözleşme içerisinde dâhil olmaktadır.

III. Zaman Bakımından Uygulama

Genel işlem koşullarının zaman bakımından uygulaması sorunu, TBK’da yer alan genel işlem koşullarına dair düzenlemelerin yürürlüğe girmesinden önce hayata geçirilen sözleşmelere uygulanıp uygulanmayacağı noktasında düşünülenir. Kural olarak bir kanun, yürürlüğe girdikten sonra uygulanmaya başlar. Yürürlük öncesi dönemde kanunun geriye yürütmesi mümkün değildir.⁵⁶ Ancak bazı durumlarda, kanunların yürürlük tarihinden önceki durumlara da uygulanacağına dair özel hükümler konulabilir.

6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunda da TBK’nın geçmişe yürür nitelikteki uygulamalarına yönelik bazı düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak genel işlem koşullarının uygulanma zamanına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, 6101 Sayılı Kanun’un ikinci maddesinde, TBK’nın kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralların, gerçekleştiği tarihe bakılmaksızın bütün fiil ve işlemlere uygulanacağı hükme bağlanmıştır. O halde asıl mesele, TBK 20-25 maddelerinin, genel ahlak ve kamu düzenine ilişkin olup olmadığı meselesine değinmek gerekecektir.

Kamu menfaatinin içeriğini belirlemek, tahmin edildiği kadar kolay değildir. Nitekim bir toplumun menfaatleri, zamana ve mekâna göre farklılık gösterebilir.⁵⁷ Ancak bir ölçü verilmesi gerekirse, bazı hukuk kuralları sadece bireysel menfaatleri gözetirken; diğer bir kısım kuralların temelinde şahısla birlikte toplumun çıkarları ve birtakım milli menfaatlerin korunması da amaçlanır.⁵⁸

⁵⁶ **HATEMİ**, Hüseyin; İntikal Dönemi Hukuku, sf 475. **AKYOL**, Şener; Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 2006, sf. 173.

⁵⁷ **HATEMİ**, Hüseyin; Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, sf. 43. **ÖKÇÜN**, A. Gündüz; Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, sf. 108 vd.

⁵⁸ **KÖSE**, sf. 1285 vd.

Kamu düzenini ilgilendiren hukuk kuralları, niteliği itibarıyla emredicidir. Ancak bütün emredici kuralların da kamu düzeninden sayıldığı söylenemez.⁵⁹ Kamu düzenine ilişkin kuralların emredici nitelikte olması, bunların düzenlendiği hususlarda toplumun önemli menfaatinin bulunması sebebine dayanır.⁶⁰ Bunun gibi, genel ahlaka ilişkin kurallar da toplumun ahlaki görüş ve davranışlarını yansıttığı için emredici niteliktedir.⁶¹

Genel ahlak ve kamu düzeniyle ilgili yapılan açıklamalar ışığında, genel işlem koşullarına ilişkin TBK 20-25.madde arasındaki düzenlemeler, bir bütün olarak değerlendirmek yerine, üç aşamanın da ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Bu üç aşama, genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girmesi, yorumlanması ve içerik denetimidir.

A. Sözleşme Kapsamına Girmesi Bakımından

Genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girip taraflar arasında hukuken bağlayıcılık kazanmasının kamu düzeni ve genel ahlak ile ilgisinin olup olmadığı tartışılmalıdır. Adı geçen bu kavramlar son derece soyuttur ve yine yargı kararları ve doktrinsel tartışmalar neticesinde somutlaştırılması gerekir.

Ancak genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına dahil olup olamaması, sözleşmenin esasına girilmeden çözülmesi gereken bir sorundur. Bu sebeple genel işlem koşullarının yürürlük denetimi, kamu düzeni ve genel ahlak kuralları açısından değerlendirilmeyip 6098 sayılı kanun döneminden önce kurulan sözleşmelere doğrudan uygulanmamalıdır.

Ancak, sözleşme metninde yer alan bir şart, karşı tarafa açıkça bilgi verilmeden veya onun bu şartı öğrenmesine imkân tanımadan koyulmuşsa o halde karşı tarafın iradesi dışında kalan birtakım düzenlemeler var demektir. 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde dahi; sözleşmelerin taraf iradelerine dayanması gerektiği emredici bir hükümle düzenlenmiştir. Zira söz konusu kanunun hemen 1.maddesinde “*İki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde, akit tamam olur.*” hükmü yer

⁵⁹ DAYINDARLI, Kemal; Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni, Tahkime Etkileri ve Sonuçları, sf. 2.

⁶⁰ ÖZSUNAY, Ergun; Borçlar Hukuku I, Giriş-Hukuki Muamelelerden Doğan Borçlar-Nedensiz Zenginleşmeler, 2. Baskı. Sf. 185.

⁶¹ ÖZSUNAY sf. 185. HATEMİ, sf. 25 vd.

almış ve sözleşmenin kurulması bakımından gerekli olan en temel unsurun, tarafların birbirine uygun olarak açıkladıkları irade beyanları olduğunu vurgulamıştır.

O halde kanaatimizce, 6098 sayılı TBK döneminden önce kurulan sözleşmelerdeki genel işlem koşullarının, sözleşmenin kapsamına dâhil olabilmesi hususunda yürürlük denetimi değil; genel hükümler çerçevesinde taraf iradelerinin uyuşup uyuşmadığı yönünden bir inceleme yapılması gerekir. Nitekim bununla ilgili olarak 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yukarıda anılan birinci maddesi, sözleşme hükümlerinin sözleşme metnine dâhil olması açısından yol gösterici bir hükümdür. Buna göre, tarafların birbirine uygun yahut karşılıklı olmayan iradeleri, bir sözleşmenin kurulması ve taraflar arasında yürürlük kazanması için yeterli olmayacaktır.

B. Yorum Bakımından

Genel işlem koşullarının yorumunda ise aynı şeyi söylemek her zaman mümkün olmamalıdır. Çünkü yorumlama tekniği açısından TBK madde 23'te 'açık ve anlaşılır olmayan veya birden çok anlama gelen hükümlerin düzenleyen aleyhine, karşı taraf lehine' yorumlanması gerektiği hükme bağlanmıştır. O halde öncelikle yorumlanması gereken genel işlem şartı sayılan hükme bakılıp o hükmün kamu düzeni veya genel ahlak düzeyinde olup olmadığı tespit edilmelidir. Yani burada hâkim, yoruma ihtiyaç duyan her bir genel işlem koşullarını teker teker kamu düzeni ve genel ahlak kavramlarıyla bağdaştırmaya çalışacak ve bu kavramların kapsamına giren genel işlem koşullarını, 6098 sayılı TBK gereğince düzenleyen aleyhine karşı tarafınsa lehine yorumlayacaktı. Ancak yine kanaatimizce, kamu düzeni ve genel ahlak kuralları dışında kalan genel işlem koşulları için aynı yöntemin uygulanması mümkün gözükmemektedir. Zira TBK'da yer alan yorum denetimine dair hükümler, kamu düzeni ve genel ahlak kategorisi içinde değerlendirilmediği müddetçe 818 sayılı BK döneminde kurulan sözleşme hükümlerine uygulanamaz.

C. İçerik Denetimi Bakımından

Genel işlem koşullarının içerik denetimi, büyük kitleleri etkileyecek nitelikte olup esasa ilişkin bir yargısal denetimdir. Bununla birlikte böyle bir etki, somut uyuşmazlık

açısından sadece bireysel korumanın ön plana alındığı kanaati uyandırır da arka planda toplumun değer, ilke ve çıkarlarını koruma amacı taşımaktadır. Zira bu denetimde, taraflar arasında hukuki bir sonuç yaratmaya elverişli olan içeriğe ilişkin durumlar incelenir

Örneğin bir şehirde elektrik dağıtımı için yüzbinlerce abonelik sözleşmesi yapılacaktır. Bu sözleşmeler takdir edersiniz ki genel işlem koşulları içeren sözleşmelerdir ve bu sözleşme hükümleri, o şehirdeki bütün abonelere verilen elektrik hizmetinin hukuki temelini oluşturacaktır.

Yukarıda açıklananlar ışığında kanaatimizce, genel işlem koşullarının her biri, içerik denetiminin korumasından faydalanabilmeli ve 6098 sayılı TBK'nın içerik denetimine ilişkin hükümleri, 1 Temmuz 2012 tarihinden önce kurulan sözleşmelere dahi uygulanabilmelidir. Çünkü içerik denetiminde esas alınan 'dürüstlük kuralları' esasen kamu düzeninde ve genel ahlak kurallarının niteliklerine haizdir. Bunun aksini kabul ederek bu tarihten önce kurulan sözleşmelerin içerik denetimine tabii olmamasının kabulü ise genel işlem koşullarını düzenleyen hükümlerin amacına aykırı olmaktadır. Bilinmektedir ki Türk hukukunda, genel işlem koşullarının geniş kapsamlı normatif düzenlemeleri çok geç hayata geçmiştir. Zira 1 Temmuz 2012 tarihinden önce de kullanan ve karşı taraf sıfatında iki taraf; ortada her türlü irade uyuşmasından yoksun bir sözleşme ve karşı tarafın menfaatlerine aykırı genel işlem koşulları vardır. Bu şartların içerik denetiminden faydalanamamalarını sırf kuruldukları tarih sebebiyle engellemek; eşitlik ilkesi ile bağdaşmayacaktır.

BÖLÜM II.

GENEL İŞLEM KOŞULLARININ SÖZLEŞMEYE DÂHİL EDİLMESİ ŞARTLARI (YÜRÜRLÜK DENETİMİ)

§1. Genel Olarak

Genel işlem koşulları içeren sözleşmelerin zayıf tarafını korumak için birtakım emredici hükümler düzenlenmiştir. Dolayısıyla genel işlem koşullarını düzenleyen bu hükümler, hukuki nitelikleri itibarıyla emredici hukuk kuralları olup amaçları sözleşmenin karşı tarafını korumaktır. Bu nedenle bu kuralların aksi hiçbir şekilde kararlaştırılamaz.⁶² Emredici hukuk kurallarını kaldırmaya çalışan bir düzenleme ya yokluk ya da geçersizlik yaptırımına tabi olacaktır.

Genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına dâhil edilip edilmeyeceğinin tespiti aynı zamanda ‘yürürlük denetimi’ olarak da adlandırılmaktadır.⁶³ Geçerli olarak kurulan sözleşmenin, müzakere edilmeyen sözleşme hükümlerinin tamamının ya da bir bölümünün, sözleşmenin içeriğini oluşturup oluşturmadığının tespitine “yürürlük denetimi” denir.⁶⁴ Yürürlük denetimine ihtiyaç duyulmasının sebebi, sözleşmenin henüz esasına girilmeden; karşı tarafça varlığı bilinmeyen ve ona öğrenilme imkânı verilmeden sözleşmeye dâhil edilmeye çalışan genel işlem koşullarının öncelikle elenmesidir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 21 ve 22.maddeleri, yürürlük denetimine ilişkindir. Söz konusu maddeler, genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına dâhil olabilmesi için gerekli olan unsurları açık ve net bir şekilde ortaya koymaktadır. O halde kanunda yer alan bu unsurları aşağıda detaylı olarak izah ederek bunların kapsam ve içeriğini belirlemek, konunun izahı açısından faydalı olacaktır.

⁶² EREN Sf. 220.

⁶³ KOCAYUSUFPASAOĞLU, Sf. 232. ATAMER Sf. 81. YELMEN Sf.81

⁶⁴ HAVUTÇU, Ayşe; Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003 (Doçentlik Tezi), Sf. 105.

§2. Genel İşlem Koşullarının Sözleşmeye Dâhil Olması İçin Gerekli Olan Unsurlar

TBK 21/1.madde uyarınca, genel işlem koşullarında yer alan ve karşı tarafın menfaatine aykırı olan şartların sözleşmeye dâhil olabilmesi için birtakım şartlar aranmaktadır. Bu şartlardan biri, sözleşmenin yapılması esnasında kullanan tarafın karşı tarafa, genel işlem koşullarının varlığı hakkında açıkça bilgi verip karşı tarafın öğrenmesine imkân sağlamasıdır. Bunun ardından diğer bir şart da karşı tarafın haberdar olup öğrendiği genel işlem koşullarını kabul etmiş bulunmasıdır. Bu şekilde genel işlem koşulları, sözleşmenin içeriğine dâhil olmaktadır.

I. Genel İşlem Şartlarının Varlığı Hakkında Karşı Tarafa Açıkça Bilgi Verilmiş ve İçeriğinin Karşı Tarafa Öğrenilmiş Olması

Genel işlem koşullarını sözleşmeye dâhil etmek isteyen kullananın, sadece bu şartların varlığı hakkında karşı tarafa açıkça bilgi vermesi yeterli değildir. Bunun yanında bir de karşı tarafın bu koşulların içeriğini öğrenme imkânı vermesi gerekir. Bu amaçla biz bu unsuru iki ayrı başlık altında incelemeyi uygun görüyoruz.

A. Genel İşlem Şartlarının Varlığı Hakkında Karşı Tarafa Açıkça Bilgi Verilmiş Olması

Karşı tarafa genel işlem koşulları hakkında açıkça bilgi verme şartı, aynı zamanda ‘sonuca etkili müzakere’ adıyla da anılmaktadır. Sonuca etkili müzakere, bu şartları kullananın, karşı tarafa bu şartların doğurabileceği hukuki sonuçlar hakkında bilgi vermesi ve gerekli açıklamalarda bulunmasıdır.

Genel işlem koşullarının yürürlük kazanmasını isteyen kullanan, karşı tarafa bunların hakkında açıkça bilgi vermelidir. Söz konusu bilgilendirme, TBK m21/1 gereğince en geç sözleşmenin kurulması esnasında yapılmalıdır.⁶⁵Kanaatimizce, sözleşme kurulduktan sonra daha önce hiç gündeme gelmeyen sözleşme hükümlerine dayanarak hak iddia etmek, kullanan tarafından sözleşmenin tek taraflı olarak değiştirilmesi anlamına

⁶⁵ YELMEN Sf. 83.

gelmektedir ki böyle bir sonuç geçersizdir. Zira burada, sözleşmenin kurulması için asli bir unsur olan irade uyuşmasının gerçekleşmediği aşikârdır.

TBK 21.maddesinde yer alan ‘açıkça bilgi verme’ ifadesinde ne anlaşılması gerektiği, bunun ne şekilde yapılacağı hususunda kanun hükmünde ve gerekçede herhangi bir açıklama yoktur. Karşı tarafın bilgilendirilme biçimi çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Örneğin, düzenleyen, bu koşulları karşı tarafa teslim edebilir veya ilan yolu ile duyurabilir. “Karşı tarafın bilgilendirilmesi hukuksal niteliği itibariyle bir tasavvur açıklaması olup, irade açıklaması değildir Bu nedenle diğer tarafın bilgilendirildiği her türlü delille kanıtlanabilmelidir”.⁶⁶

Kanaatimizce, ‘açıkça bilgi verme’ ifadesinden anlaşılması gereken, karşı tarafın herhangi bir şekle bağlı olmaksızın genel işlem koşullarının mevcudiyetini öğrenmesidir. Zira bu öğrenme faaliyeti, öncelikle genel işlem koşullarının varlığından haberdar edilme ile başlayacaktır. Karşı tarafın metnin varlığını öğrenmeden o metnin içeriğini öğrenmesi de mümkün olmayacaktır.

Nitekim Sözleşmenin kurulması internet vasıtası ile de gerçekleştirilebilir. İnternet üzerinden kurulan sözleşmeler açısından bakıldığında genel işlem koşullarını kullanarak sözleşme kurmak istediğini karşı tarafa bildiren düzenleyenin, bu koşulların içeriğini karşı tarafın öğrenmesine imkân vermesi gerekmektedir.⁶⁷

Alman Medeni Kanunu’nun 305/2. Paragrafında bu husus şu şekilde dile getirilmiştir, ‘*Genel işlem koşullarını kullanan, sözleşmenin kuruluşunda, karşı tarafı açık bir şekilde bunlardan haberdar ederse veya aşırı haberdar etme sözleşmenin kuruluş şekli sebebiyle aşırı güçlükler ile mümkün oluyorsa, sözleşmenin kurulduğu yerde açıkça görülebilir ilan yoluyla bunlara yollamada bulunulursa ve karşı tarafa bu şartların içeriğini makul bir şekilde öğrenme imkânı sağlanmış ve o bunların yürürlüğüne razı olmuşsa, ancak bu takdirde genel işlem koşulları bir sözleşmenin ayrılmaz parçası olur.*’⁶⁸Bu hükümle birlikte kanaatimizce aksi ispatlanabilen bir karine getirilmiştir. Zira

⁶⁶ KILIÇOĞLU, Ahmet, Sf. 120.

⁶⁷ ŞEKER, Muzaffer : “6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre İnternet Üzerinden Sözleşmelerin Kurulması”, 10.Yıl’a Armağan, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 11, Sayı 22, Güz 2012/2; Sf. 134.

⁶⁸ Aktaran YELMEN, sf. 84.

kullanan, kanunda yer alan veya buna benzer yükümlölüklerini yerine getirerek, “açıkça öğrenme imkânı sunmuş” olacak ve söz konusu genel işlem koşulları, sözleşmeye dâhil olacaktır.

TBK’da, karşı tarafın genel işlem koşullarının varlığının öğrenmesi hususunda kullananın ne tür yollar izleyebileceği hakkında herhangi bir açık hüküm bulunmamaktadır. O halde genel hükümlerden hareket edip, karşı tarafın bu şartları öğrenmesine olanak sağlayacak her türlü bildirim şekli geçerli olacaktır. Zira burada, bildirimin şekli açısından herhangi bir irdeleme yapılmayıp sonuca yönelik bir çıkarım yapılacak ve karşı tarafın bu şartları öğrenme imkânına sahip olup olamadığı üzerinde durulacaktır.

Örneğin Türkçe bilmeyen birisiyle yapılan sözleşmeler açısından bir değerlendirme yapmak gerekirse, düzenleyen, sözleşmenin karşı tarafının, sözleşmenin yapıldığı dilin inceliklerine hâkim olması gerektiğini, dil bilmeme rizikosunun onun üzerinde olduğunu ileri sürerek, genel işlem koşullarını sözleşme metnine dâhil etmek için, onun anlamayacağı şekilde, uyarıyı kendi dili ile yaparak, genel işlem koşullarını sözleşmeye dâhil edemez. Bu durumda olan karşı taraf için, bir tercüman yardımı alınmalı veya bu mümkün olmaz ise, onun anlayabileceği şekilde, bu koşulların sözleşmeye dâhil edilme isteği açıklanmalıdır.⁶⁹Örnek olarak, sözleşme görüşmelerinin İngilizce yürütölmesinden sonra sözleşmenin arka sayfasına Almanca genel işlem koşulları yazılması durumunda, her ne kadar sözleşmenin ön yüzünde İngilizce yollama söz konusu olsa da, sözleşmenin arka sayfasında yazılı genel işlem koşullarının sözleşmeye dâhil olmuş sayılmayacağını ileri sürölümüştür. Doktrinde, sözleşmenin yapıldığı ülkenin dili kullanılarak sözleşme koşulları hazırlanmış ise, artık, düzenleyenin, karşı tarafın anlayabileceği şekilde tercüman kullanma yükümlölüğünün olmadığı görüşü savunulmuştur.⁷⁰

Kanun’un aradığı şekle uygun olarak bilgilendirme yükümlölüğünün yerine getirildiğini ispat yükü, elbette genel işlem koşullarını kullanan taraftadır.⁷¹ O halde genel işlem koşullarını kullanacak olan taraf, söz konusu şartları yürürlük denetiminden geçirebilmek için öncelikle bunu ispatlamalıdır. Bu ispat yükünün, uygulamada nasıl

⁶⁹ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, Sf. 114.

⁷⁰ OĞUZ, Sf. 60.

⁷¹ ATAMER, Karşılaştırma, Sf. 24.

yerine getirileceği meselesi ise zor ve tartışmalı bir meseledir. Örneğin bankalar, sözleşmenin kurulması esnasında, genel işlem koşulları içeren metinleri karşı tarafa imzalatırken, bir hafta öncesinin tarihini yazıp sanki karşı tarafın imzalamadan bir hafta önce okuyup düşündüğü ve öyle kabul ettiği görüntüsü yaratarak yürürlük denetimini dolanmaya çalışmaktadır. Ancak bize göre, kullananın başvurduğu bu tarz davranışlara uygulamada itibar edilmemeli ve karşı tarafın bu şartları öğrenip öğrenemediği açısından detaylı bir araştırma yapılmalıdır. Son tahlilde bu konunun, kamu düzenini ilgilendiren bir yönü de olduğu unutulmamalıdır.

Genel işlem koşulları, genellikle basılı bir şekilde hazırlanır. Örneğin taşıma sözleşmelerinde biletin arkasında yer alırken, işyerlerinde veya bankalarda bir yerlere asılmak suretiyle karşı tarafın bilgilerine sunulur. Bir yere asılmak suretiyle karşı tarafın bilgilerine sunulan genel işlem koşullarında ispat güçlüğü ile karşılaşılabilir. Zira kullananın, bir yere asılı şekilde bulunan genel işlem koşullarının varlığını, karşı tarafın öğrendiğini ispat etmesi zor olur.⁷² Ancak karşı tarafın, sözleşme kurulurken takındığı bazı hal ve hareketleri, kendisinin bu şartları öğrendiğine dair bir karine oluşturabilir. Bunun dışında, dürüstlük kuralı gereği yapılan bazı çıkarımlar da bu şartların öğrenildiği hakkındaki ispat faaliyetine yardımcı olabilir.

Açıkça bilgi verme koşulunun nasıl sağlanabileceği konusunda kanunda açık hüküm bulunmamakla birlikte doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Nitekim bir görüşe göre⁷³ eğer sözleşmenin arka yüzünde genel işlem koşulları olduğu fark edilebiliyorsa, karşı tarafın sözleşmeyi imzalaması ile arka sayfada yer alan şartların artık, sözleşmeye dâhil olmuş sayılacağı kabul edilmelidir. Buna karşın diğer bir görüşe göre⁷⁴ ise genel işlem koşulları, sözleşme metninde yer almamış; ayrı bir metin halinde düzenlenmiş veya sözleşmenin arkasına yazılmışsa düzenleyenin açıkça karşı tarafı bilgilendirmiş sayılması için sözleşme metninde bu koşullara yollama yapan bir hükmün bulunması veya söz konusu koşulların varlığına ilişkin sözlü olarak bir uyarıda bulunulması gerekmektedir. Ancak TBK m.21'de açıkça bilgi verilmesi yeterli görülmüş ve ayrıca sözleşme metninde genel işlem koşullarına yollama yapan bir hüküm aranmamıştır.

⁷² AKMAN GİŞ, Sf.14.

⁷³ OĞUZ, Cemal, Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları, Doktora Tezi, Ankara 1994. Sf. 63.

⁷⁴ ATAMER, Denetleme, Sf. 86-87.

Basılı şekilde bulunan genel işlem koşullarının varlığı hakkında bilgi sahibi olunması, genellikle basılı metnin bir suretinin karşı tarafa verilmesi ile gerçekleşir. Kullanan ise kendisinde kalan suret üzerine karşı tarafın imzasını alır. Uygulamada genellikle karşı taraftan ‘bir nüshasını elden teslim aldım’ şeklinde not düşürülmüş tarih, ad, soyad ve imzayı da içeren bir meşruhat alınmaktadır.⁷⁵ Alınan bu meşruhata tek başına yeterli olup olmadığı ise yukarıda bahsettiğimiz üzere hâkim tarafından re’sen incelenmeli ve her somut olayın özelliğine göre karar verilmelidir. Nitekim her somut olayda bu konuda farklı sonuçlara ulaşılması mümkündür. Örneğin rutin haline gelmiş bir su aboneliği sözleşmesinde meşruhata tek başına yeterli olacağı sonucuna varılırken bankada yüksek meblağlı bir mevduat hesabı açtırmak için imzalanan sözleşmede yeterli olmadığı sonucuna varılabilir.

B. Genel İşlem Şartlarının İçeriğinin Karşı Tarafça Öğrenilmiş Olması

Genel işlem koşullarının bulunduğu hakkında karşı tarafa bilgi veren kullanan, aynı zamanda bu şartların içeriğinin karşı tarafça öğrenmesi için imkân da sağlamalıdır. ‘Öğrenme için imkân sağlama’ dan kasıt aslında genel işlem koşulları içeren metnin, karşı tarafın en azından hâkimiyet alanına ulaştırılmasıdır.

Bilgi verme yükümlülüğünün düzenleyen açısından esasen ne tür bir yükümlülük olduğu konusunun irdelenmesi, bu konuya da ışık tutacaktır. Zira bilgilendirme yükümlülüğünü, asli edim yükümlülüğü olarak değerlendirecek olursak; asli edim yükümlülükleri, bir borç ilişkisinin objektif esaslı ögesi olarak o borç ilişkisine karakterini veren, borç ilişkisi kurulurken içeriğine giren edim yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük, borç ilişkisinin adının konmasında, niteliğinin bulunmasında, sınıflandırılmasında, varlık ve geçerlilik koşulları dâhil tüm hükümlerinin açıklanmasında temel ölçü olarak alınan edimdir. O halde bilgi verme yükümlülüğü, sözleşme sadece bilgi edindirme amacıyla kurulmuş olmadıkça, bir asli edim yükümlülüğü değildir.

Yan edim yükümlülükleri açısından bir inceleme yapmak gerekirse bu yükümlülükler, bir sözleşmenin esaslı noktası niteliğinde değildir. Ancak asli edim yükümlülüklerinin ifasına hizmet eden ve dürüstlük kurallarından kaynaklanan; asli edim

⁷⁵ YELMEN Sf. 84.

yükümlülüklerinden ayrı olarak dava konusu edilebilen yükümlülüklerdir. O halde, genel işlem koşullarının yürürlüğü açısından gerekli olan bildirim yükümlülüğü, bir yan edim yükümlülüğü sayılamaz.

Davranış yükümlülükleri ise asli edim yükümlülüğünün ifasına hizmet eden ya da onu koruyucu davranış yükümlülükleridir. Kaynağını TMK m. 2 uyarınca dürüstlük kurallarından alır. Bu yükümlülüklerin ihlali halinde kural olarak sözleşmenin geçerliliği etkilenmez. O halde yürürlük denetiminde bakılması gereken kullananın bilgi verme yükümlülüğü, aynı zamanda bir yan yükümlülük sayılacaktır. Zira yürürlük denetiminden geçemeyen genel işlem koşulları da sözleşmeyi tek başına geçersiz kılamamakta ve TBK m. 22 gereğince yazılmamış sayılmaktadır. Bunun dışındaki diğer hükümler ise hala geçerliliğini korumakta ve taraflar arasında bağlayıcı olmaya devam etmektedir.

Genel işlem koşullarının varlığının öğrenilmesi, kullanan ile karşı tarafın her bir maddeyi tek tek okuyup müzakere etmesi ya da pazarlık yapması anlamına gelmemektedir. Böyle bir durumda zaten o şartlar, genel işlem koşulları olmaktan çıkar ve ferdi sözleşme hükümleri haline gelir. Genel işlem koşulları basılı bir metin halindeyse bu metnin karşı tarafın anlayacağı bir şekilde yazılmış olması gerekir. Okunmayacak kadar karmaşık yahut küçük puntolu ya da karşı tarafın anlamaması için yabancı bir dilde hazırlanmış genel işlem koşullarının basılı nüshaları için, karşı tarafın genel işlem koşullarının içeriği hakkında bilgi sahibi olması mümkün değildir.

Genel işlem koşulları metnin basılı değil de ilan şeklinde yapılmış olması halinde, bu ilan da rahatlıkla görünebilir ve okunabilir bir konumda olması gerekir. Örneğin yoğun şekilde işleyen bir meşrubat büfesinde satıcının her bir müşteriye teker teker sözleşme koşullarını belirtmesi mümkün olmadığından, satılan malların iade alınamayacak olması koşulu, satıcı tarafından tezgâh üzerinde yahut büfe önünde her müşterinin göreceği bir şekilde ‘satılan ürün iade alınmaz’ tarzında bir ibare ile ilan edilebilir.

Genel işlem koşulları elektronik ortamda da karşı tarafın hâkimiyet alanına iletilmiş olabilir. Örneğin internet üzerinden ürün satışı yapan bir süpermarket, kendi sayfasına internet üyeliği yapımı esnasında karşı tarafın mail kutusuna sözleşme koşullarını gönderebilir ve bu durumu üyelik sözleşmesi kurulmadan karşı tarafa bildirebilir. Bu

durumda da basılı tarzda sunulan genel işlem koşullarının içeriği hakkındaki hükümler geçerlidir. Elektronik ortamdan yollanılan şartların içeriği de okunabilir ve anlaşılabilir olmalıdır.

II. Karşı Tarafın Bu Şartları Kabul Etmiş Olması

Genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesinin ikinci şartı da karşı tarafın daha önceden bilgilendirildiği ve içeriğini öğrendiği genel işlem koşullarını kabul etmesidir. Kabul, esasen TBK m. 1 anlamında, sözleşmenin kurulması için temel bir unsur olan ve öneriye uygun olarak sözleşmenin meydana gelmesine kesin bir şekilde imkân sağlayan, varması gerekli ve tek taraflı bir irade açıklamasıdır.⁷⁶

Bir iradenin kabul sayılabilmesi için, öncesinde yapılan öneriyle uyum içerisinde olması ve öneride herhangi bir değişiklik yapmaması gerekir. Öneriyi değiştiren irade açıklaması kabul değil, yeni bir öneri sayılabilir.

Kanun metninde yahut gerekçesinde, genel işlem koşullarına dair kabulün nasıl bir şekilde yapılabileceği hakkında herhangi bir bilgi bulunmamaktadır. O halde karşı taraf açısından kabul, açık bir şekilde yapılabileceği gibi, örtülü (zımnî) bir şekilde de yapılabilmektedir. Ayrıca bir de genel işlem koşullarına özgü olarak doktrinde kullanılan ‘global kabul’ teriminden de söz etmek mümkündür.

A. Açık (Sarih) Kabul

Açık kabulde, kabul iradesi muhatabın tereddüdüne ve yoruma yer vermeyen açık bir beyan ile yapılır. Kabul iradesi, beyan aracı olarak kullanılan söz ve işaretlerden doğrudan doğruya anlaşılır.⁷⁷ Nitekim açık kabulün söz konusu olması için, karşı tarafın, düzenleyenin, genel işlem koşullarını sözleşme içeriğine dâhil etme isteğini, kendisine

⁷⁶ **EREN** Sf. 254. **KILIÇOĞLU**, Ahmet M; Borçlar Hukuku Genel Hükümleri sf. 66. **AKINTÜRK**, Turgut/**KARAMAN** Derya Ateş; Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri, sf.27. **ESENER**, Turhan; Borçlar Hukuku I, sf. 53. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP** Sf. 121. **KOCAYUSUFAŞAOĞLU**, Sf. 203. **KARAHASAN**, Mustafa Reşit; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, sf. 132.

⁷⁷ **EREN**, Sf. 255.

sunulan genel işlem koşullarının yazılı olduğu metni okuyup anlayarak ve sonrasında bu metni imzalayarak veya sözlü olarak rızasını yoruma mahal vermeyecek şekilde açıklaması gerekmektedir.⁷⁸

Genel işlem koşullarının kabulü kapsamındaki açık kabul, karşı tarafın kendisine sunulan basılı metinleri imzalaması veya kabul iradesini açık ve net bir şekilde sözlü olarak bildirmesi ile olur. Ancak açık kabul, önceden taraflarca kararlaştırılmış bir şekilde işaret yoluyla da olabilir. Burada önemli olan, kendisine genel işlem koşulları sunulan tarafın, hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde iradesini açıklamasıdır.

B. Örtülü (Zımnî) Kabul

Örtülü kabulde irade beyanı açık bir şekilde belirtilmez. Burada kabul beyanı ya da kabul iradesini gösteren aktif bir fiil ve davranışla ya da pasif bir susma fiili ile yapılır. Ancak her iki halde de muhatap kabul iradesini, önerene (kullanana) beyan etmektedir. ⁷⁹ Yani bir başka deyişle kabul edenin, öneriyi (icabı) kabul etmiş olduğu sonucunun çıkarılmasına sebep olan tutum ve davranışlarıdır.

Karşı tarafın örtülü bir şekilde genel işlem koşullarının varlığını kabul etmesi, yukarıda verdiğimiz meşrubat büfesi örneğinde de görülmektedir. Büfe satıcısının tezgâhın üzerinde koyduğu ‘satılan ürün iade alınmaz’ yazısını okuyan müşteri, büfeden bir içecek isteyip de bedelini ödediği anda, artık söz konusu genel işlem koşullarını örtülü olarak kabul etmiştir. Çünkü müşteri, tezgâh üzerindeki genel işlem şartı niteliğindeki yazıyı okumuş ve genel işlem şartının içeriğinden haberdar olmuştur. Bu gibi durumlarda müşterinin (karşı tarafın) kabulü, bir irade açıklaması şeklinde değil de ‘irade faaliyeti’ şeklinde gerçekleşmiştir.

Ancak susma fiili, kural olarak bir kabul şeklinde yorumlanmamaktadır.⁸⁰ Bir kişinin susması, hukuken bu susmaya sonuç bağlanmadığı hallerde olumlu, olumsuz ya da

⁷⁸ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, Sf. 111-112.

⁷⁹ EREN SF 255-256. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Sf. 205. KARAHASAN Sf. 108. YELMEN Sf. 88.

⁸⁰ SAYMEN, Ferit H; Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt 1, Sf. 86. TUNÇOMAĞ, Kenan; Türk Borçlar Hukuku, 1.cilt, Sf. 126. EREN, Sf. 256. TEKİL, Fahiman, Borçlar Hukuku, sf. 61. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Sf. 146. OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ, Turgut; Borçlar Hukuku Genel

örtülü bir irade açıklaması sayılmamaktadır.⁸¹ Gerçekten de hukukta, hiç kimse sebep olmadığı bir soruya cevap vermek zorunda değildir.⁸²⁸³ Bu sebeple karşı tarafın susması, kural olarak genel işlem koşullarını kabul ettiği anlamına gelmemektedir. O halde susma fiili, kural olarak genel işlem koşullarının kabulünde herhangi bir icraî sonuç doğurmamaktadır.

TBK'nın 6. maddesinde, susma fiilinin örtülü kabul sayılabileceği haller düzenlenmiştir. Maddede aynen, “*Öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir süre içinde reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır.*” hükmü yer almaktadır. O halde genel işlem koşullarını kullanan; kanun, işin özelliği veya durumun gereği karşı taraftan açık bir kabul beklemek zorunda değil ise genel işlem koşulları, uygun bir süre içerisinde açık bir şekilde reddedilmediği takdirde, karşı tarafın bu şartları kabul ettiğini varsayabilecektir. Susmanın bu şekilde örtülü kabul sayılabilmesi için muhatabın özellikle bir kanunun hükmüne veya TBK 2.maddedeki ‘dürüstlük kuralı’na göre cevap vermek mecburiyetinde olması gerekir.⁸⁴

Vekâlete ilişkilerini düzenleyen TBK'nın 503.maddesinde; “*Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmi sığata sahip ise veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceği duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır.*” denilmektedir. O

Hükümler, Cilt 1, sf. 67. **ATAMER**, sf. 100. **ERDOĞAN**, İhsan; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, sf. 82.

⁸¹ **EREN** Sf. 256. **ANTALYA**, O. Gökhan; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, sf. 68.

⁸² **TUNÇOMAĞ**, Sf. 196. **BELBEZ**, Hikmet; Akitlerde Sükûtin Ehemmiyeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, sayı 2, sf. 227.

⁸³ Nitekim Mecellede de bu husus, 67.maddede hüküm altına alınmıştır: “*Sâkit'e bir söz isnat olunmaz. Lakin ma'rız-ı hâcette sükût beyandır (susan bir kimseye bir söz isnat edilmez fakat onun konuşması gereken yerde susması ikrar ve beyan sayılır).*”

⁸⁴ **EREN**, Sf. 256. **BELBEZ** Sf. 228-229. **SAYMEN**, Sf. 86. **TUNÇOMAĞ** Sf. 196. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, Sf. 122. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Sf. 146. **OĞUZMAN/ÖZ**, Sf. 68. **ESENER**, Turhan, Borçlar Hukuku I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği, sf. 56-57. **SAYMEN**, Sf. 86. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU** Sf. 146. **OĞUZMAN/ÖZ** Sf. 68. **AYBAY**, Aydın; Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm, sf. 31.

halde kendisine bir işin görülmesi önerilen kişinin susması, bu durumda da kabul sayılmaktadır.⁸⁵ Zira burada susma fiiline kanundan doğan bir sonuç bağlanmıştır.

Bunun dışında taraflar daha önceden kendi aralarında yapmış oldukları sözleşmede, susma fiilinin kabul anlamına geleceğini kararlaştırmış olabilirler. Karşı taraf, makul bir süre içerisinde genel işlem koşullarını açıkça reddetmezse onları zımnen kabul etmiş sayılır ve bu şartlar sözleşme içeriğine dâhil olur.

Nitekim yüksek mahkeme de bazı kararlarında susma fiilini örtülü kabul olarak değerlendirmiştir. Örnek olarak, *‘Sükût ile iradenin izhar edildiği (açığa vurulduğu) pek çok haller vardır... Kanunen cevap verme veya müracaat bulunma mecburiyeti olmamakla beraber objektif hüsnüniyet kaidesi icabı olarak cevap verme veya müracaatta bulunma mükellefiyetinin doğduğu hallerde bu mükellefiyetin yerine getirilmesine ve bu suretle ihtiyar olunan sükûta muayyen neticeler izafe edilmesine icap ettiğine...’*⁸⁶ şeklindeki içtihadı birleştirme kararı verilebilir. O halde susma fiili, kimi bazı hallerde örtülü dahi olsa kabul etmek anlamına gelir ve susan taraf bu fiili ile de hukuken bağlı olur.

C. Global Kabul

Uygulamada genel işlem koşulları içeren sözleşmelerin kurulması genellikle, kendisine genel işlem koşulları sunulan tarafın sözleşme metnini okumadan sözleşme koşullarını genel olarak kabul ettiği anlamında, sözleşmeyi imzalaması yoluyla gerçekleşmektedir. Başka bir deyişle karşı taraf, çoğu zaman genel işlem koşullarını okumayıp içeriğine dahil olmadan o şartları kabul etmektedir. Zaten okusa da sözleşme içeriğini değiştirme imkânının olmadığı bilmektedir. İşte bu duruma doktrinde ‘global kabul’ denilmektedir.⁸⁷ Nitekim Karşı taraf, düzenleyenin kendisine sunduğu ve sözleşmenin içeriğine dâhil etmek istediği genel işlem koşullarını öğrenme olanağı

⁸⁵ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **BAŞPINAR**, Veysel; Vekilin, (Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, sf. 53 vd.

⁸⁶ T. 30.11.1955. ve 14-20 sayılı İBK; (KBİBB).

⁸⁷ **ATAMER**, Sf. 102. **HAVUTÇU** Sf. 112. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Sf. 236. **AYRANCİ**, Sf. 295. **SİRMEN**, A. Lâle, Bildiriler- Tartışmalar, , sf. 114. **ÇINAR**, Tüketici Hukukunda Haksız Şartları, İstanbul 2009, sf. 71. **AÇIKGÖZ**, Osman; Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, sf. 244. **TOPUZ**, Murat; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi, sf.80.

kendisine sağlandığı halde, bunları okumadan ve içeriğini anlamadan kabul iradesini açıklarsa, bu durumda, global kabulden bahsedilir.⁸⁸

Global kabulde, kendisine genel işlem koşulları sunulan taraf (tüketici, karşı taraf) bu koşulları okumadan imzalamaktadır. Bu tarzdaki bir kabul, genel işlem koşullarının yürürlük kazanması bakımından yeterlidir. Zira TBK’da, genel işlem koşullarının, karşı taraf bakımından okunup anlaşılması konusunda herhangi bir şart mevcut değildir. Aynı şekilde, genel işlem koşullarının karşı taraf ile müzakere edilmesi gibi bir durum da kanunumuzda yer almamaktadır.

Genel işlem koşullarını kullanan taraf, bu şartların varlığı hakkında karşı tarafa bilgi verip yine bu şartları karşı tarafın hakimiyet alanına soktuğı zaman global kabul artık hukuken geçerlidir. Aksi takdirde genel işlem koşullarının çıkış sebebi ve işlevleriyle çelişmektedir. Ayrıca global kabulün hukuken geçerli olduğı sonucu, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının da bir gereğı olduğı söylenebilir.⁸⁹ Kanaatimizce global kabulün hukuki açıdan bağlayıcılığı, karşı taraf açısından dürüstlük kuralları içerisinde kaldığı müddetçe meşrudur. Ancak kullanan, dürüstlük kurallarına aykırı olarak sözleşmede değişiklik yapabilme yahut birden çok anlama gelecek şekilde yorumlatma yetkisini global kabul yoluyla karşı tarafa benimsetmeye çalışıyor ise bu durum meşru sayılmamalıdır. Nitekim kanunda yer alan ve aşağıda detaylıca incelenen içerik ve yorum denetimleri, tam da bu tarz yaklaşımları engellemek için getirilmiş hukuki mekanizmalardır.

Global kabul yoluyla bir bütün olarak benimsenen genel işlem koşullarına karşı, karşı tarafı koruma ihtiyacı çok açıktır.⁹⁰ Böyle bir korumanın sağlanabilmesi için birtakım yöntemler geliştirilmiştir. Örneğin, bireysel (ferdi, şahsi) anlaşmanın genel işlem koşullarına göre öncelikle uygulanması görüşü, Türk hukukunda yer almasa bile, Alman Medeni Kanunu’nda yer bulmuştur.⁹¹ O halde taraflar arasında, belirli bir konuyu düzenleyen bir sözleşmenin ve genel işlem koşullarının aynı anda varlığı halinde, sözleşme hükümleri öncelikle uygulama alanı bulacaktır. Türk hukukunda bu tarz bir düzenleme

⁸⁸ HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, Sf. 112, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Sf. 236, AKİPEK, Sf. 228.

⁸⁹ YELMEN, Sf. 91.

⁹⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Sf. 236.

⁹¹ BGB §305b; IndividuelleVertragsabredenhabenVorrangvorAllgemeinenGeschäftsbedingungen. ‘‘Ferdi anlaşmalar, genel işlem koşullarına göre öncelik taşırlar.’’, Aktaran YELMEN, Sf. 91.

bulunmasa da bazı yazarlar, ferdi sözleşmeye öncelik tanınmasından yanadır.⁹² Bunu bize göre başlıca sebebi ise ferdi sözleşmelerin her iki taraf iradelerini tam olarak yansıtmamasıdır. Zira genel işlem koşulları, sadece bir tarafın önceden hazırladığı ya da hazırlattığı sözleşme hükümlerinden ibaret olup karşı tarafın iradesini içermemekte ve ona sadece sözleşmeyi kabul edip etmeme seçeneği sunmaktadır. Örneğin bir internet sağlayıcısından hizmet almak için abonelik sözleşmesini imzalamak zorunda kalan birinin, kendisine uzatılan ve yaklaşık 7 sayfa uzunluğundaki sözleşmenin içeriğini okumadan imzaladığı taktirde global kabul gerçekleşmiştir.

Genel işlem koşullarının, irade sakatlıklarının varlığı halinde iptal edilip edilemeyeceği konusunda ise kanunda herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır. O halde irade sakatlıklarına ilişkin TBK m. 30-39 arasındaki düzenlemeler, genel işlem koşulları içeren sözleşmelerde de uygulama alanı bulabilecektir. Çünkü genel işlem koşulları da taraflar arasında hukuken bağlayıcılık kazandığı anda şekli olarak bireysel bir sözleşmenin maddelerinden farksız olacaktır. Kullanan veya karşı taraf; sözleşme kurulurken esaslı bir hataya düşmüşse, sözleşmeyi diğer tarafın yanıltması veya korkutması sebebiyle kurmuşsa, kanuni imkânlar dâhilinde sözleşmenin iptalini isteyebilecektir. Ancak burada iptal edilen genel işlem koşulları değil; genel işlem koşulları içeren sözleşmenin kendisi olacaktır.

§3. Yazılmamış Sayılma Yaptırımı

I. Genel Olarak

Yazılmamış sayılma kavramı, Türk hukukunda yeni bir kavram değildir. Nitekim TTK madde 675/1 ve 2; 679; 682; 784; 786 ve 789'da da yer almaktadır. Bunun dışında 'yazılmamış sayılma' kavramı Yargıtay kararlarına da sıkça konu olabilmektedir. TBK 21.maddenin gerekçesinde belirtilen de kanunun amacının İsviçre Borçlar Kanunu'na da paralel olarak yazılmamış sayılan hükümlerin sözleşmenin içeriğine dâhil olmamasıdır.

⁹² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Sf. 236.

II. Yazılmamış Sayılma Yaptırımının Hukuki Niteliği

Yazılmamış sayılmanın hukuki niteliği konusunda doktrinde derin tartışmalar vardır. Bu tartışmalar sonucu yazılmamış sayılma yaptırımı çeşitli ayrımlara tabi tutulmuş ve farklı hukuki sonuçlar üzerinden tanımlanmıştır. Aşağıda bu tartışmaları detaylıca inceleyerek kanaatimizce biz de bir sonuca varmaya çalışacağız.

A. Yazılmamış Sayılmanın Yokluk/Kısmi Yokluk Olduğuna Dair Görüşler

EREN'e göre, TBK 21/1. Maddede sayılan şartlara uyulmadığı takdirde genel işlem koşullarına uygulanacak yazılmamış sayılma yaptırımından maksat, yokluktur.⁹³ Ancak TBK 22.madde kapsamında sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini koruduğundan dolayı burada kısmi yokluk yaptırımı söz konusu olur. Bu halde düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı sözleşmenin geriye kalan hükümleriyle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.⁹⁴ Ancak yazılmamış sayılan bir genel işlem koşulu, sözleşmenin esaslı noktasını meydana getiriyorsa genel işlem koşullarını içeren sözleşme kurulmaz.⁹⁵

Ayrıca TBK 24.maddede; düzenleyen tarafa bir yasak getirilmiş durumdadır. Nitekim düzenleyen, genel işlem koşulları içeren bir sözleşmenin bir hükmünü karşı taraf aleyhine değiştiremez veya yeni bir düzenleme getiremez. Yine değiştirme yasağının yaptırımı da yazılmamış sayılma olduğundan karşı taraf aleyhine değişiklik ve yeni düzenleme yapma yetkisi veren genel işlem koşulları da yok hükmündedir. Yazara göre, kanun koyucu bu halde de 'kısmi yokluk' yaptırımını kabul etmiştir.⁹⁶

Akıncı'ya göre, genel işlem koşulları kapsamında öngörülen yazılmamış sayılma yaptırımı ne tam olarak yokluk ne de tam olarak geçersizlik olmayan farklı bir yaptırımdır.⁹⁷ Yazılmamış sayılma, kısmi hükümsüzlük olarak nitelendirilemez.⁹⁸ Zira batıl

⁹³ **EREN** Sf. 221.

⁹⁴ **EREN**, Sf. 221.

⁹⁵ **EREN**, Sf. 221.

⁹⁶ **EREN**, Sf. 221-222.

⁹⁷ **AKINCI**, Şahin; Borçlar Hukuku Bilgisi, sf. 117.

⁹⁸ **AKINCI**, sf. 123.

bir işlem, kurulmuş ancak hüküm ve sonuç doğurmamış bir işlemdir. Yoklukta ise hukuki işlem hiç doğmamıştır. TBK 21 ve 22.maddeleri incelendiğinde sözleşmenin yazılmamış sayılan hükümleri yok hükmündedir.⁹⁹ Kesin hükümsüzlük halinde hukuki işlem bazı hallerde geçerli bir şekilde hüküm ve sonuç doğurabilirken; yokluk halinde kurulmamış bir hukuki işlemin sonuç doğurması hiçbir şekilde mümkün olmayacağından, yazılmamış sayılma yaptırımının söz konusu olduğu haller, yokluğa benzemektedir.¹⁰⁰ Zira yazılmamış sayılan genel işlem koşullarının herhangi bir şekilde hüküm ifade etmesi mümkün olmadığı gibi, bu hükümler tahville de başka bir hukuki işleme dönüştürülemez.¹⁰¹ Sonuç olarak yazara göre yazılmamış sayılma yaptırımı kısmi geçersizlik olarak nitelendirilemezken; eksiklik ve iptalle de bir alakası yoktur. Bu nedenle yazılmamış sayılma, bilinen yaptırım türlerinden farklı olup burada sözleşmenin bazı hükümlerinin yok sayıldığı kısmi yokluk durumu söz konusudur.¹⁰²

Oğuzman/Öz'e göre, hükümsüzlük yaptırımının yazılmamış sayılma şeklinde ifade edilmesi, Borçlar hukuku terminolojisine yabancı bir ifadedir. Yazılmamış sayılma ifadesi İsviçre Borçlar Kanunundan alınmıştır ve yazılmamış sayılmanın kelime anlamı, yazılı bir şekilde yapılması gereken bir sözleşmeden bir hükmün yazılı şeklin dışında bırakılmasıdır. Yazılı şeklin dışında bırakılan hükmün geçersiz olması içinse her şeyden önce yazılı şeklin bir geçerlilik şekli olması ve yazılı şeklin dışında kalan hükmün de sözleşmenin esaslı unsuru olması gerekir. Oysa TBK 21 ve 22'deki yazılmamış sayılma ile yazılı şeklin dışında kalma yani yazılı şekle uyulmamanın yaptırımı dışında bir kesin hükümsüzlük hali düzenlenmiştir.¹⁰³ Yazılmamış sayılmada, kesin hükümsüzlükten daha da ileri bir hükümsüzlük durumunun söz konusu olduğu savunulabilir. Zira tarafların iradelerinin uyuşmadığı durumlarda kesin hükümsüzlük değil; yokluk yaptırımı gündeme gelir.¹⁰⁴

Ayan'a göre, yazılmamış sayılmadan anlaşılması gereken yokluktur. Yazar, konu ile ilgili yaptığı açıklamalarda: “*Aksi takdirde genel işlem koşulları yazılmamış (yok)*

⁹⁹ AKINCI, sf. 123.

¹⁰⁰ AKINCI, sf. 124.

¹⁰¹ AKINCI, sf. 124.

¹⁰² AKINCI, sf. 124.

¹⁰³ OĞUZMAN/ÖZ Sf. 165 .

¹⁰⁴ OĞUZMAN/ÖZ Sf. 166.

sayılır. Aynı şekilde, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış (yok) sayılır.’’¹⁰⁵ şeklinde dile getirmiştir.

Kaplan’a göre, uygulamada tip sözleşmeler, formüler sözleşmeler veya genel işlem koşulları diye nitelendirilen daha önce daha önce bir tarafça hazırladığı ve diğer tarafın da müzakere etmeden imzaladığı veya imzalamak zorunda kaldığı sözleşmelerdeki alışılmamış kayıtlar yok kabul edilir.¹⁰⁶ O halde yazar, yazılmamış sayılma yaptırımını yokluk olarak yorumlamaktadır.

Havutçu, genel işlem koşullarının tamamen veya kısmen sözleşmenin kapsamına alınmamasının hukuki sonuçlarını irdelerken yapmış olduğu açıklamaya göre: “*Genel işlem koşullarının sözleşme ile ilişkilendirilmesi, bu şartların sözleşmenin muhtevasına dâhil olması, sözleşme hükümleri olarak taraflar arasındaki hukuki ilişkide bağlayıcılık kazanması sonucunu doğurur. Bazı hallerde genel işlem koşulları ya müşterinin kabul iradesinin bulunmaması ya da kabul iradesinin genel işlem koşullarının tamamını kapsamaması nedeniyle, tamamen veya kısmen sözleşme ile ilişkilendirilmemiş, sözleşmeye alınmamış olabilir.*’’¹⁰⁷ “*Tamamen veya kısmen genel işlem koşullarının sözleşmeye alınmasında muvafakatin olmaması ‘yokluk’ türünde bir geçersizliktir.*’’¹⁰⁸

Kılıçoğlu’na göre, yazılmamış sayılan hükümlerin kendiliğinden geçersiz sayılmasına benzer yani yokluk türünde bir yaptırım söz konusudur. Yazılmamış sayılan hükümlerin diğer taraf açısından bağlayıcı olmaması için ayrıca bir irade beyanına veya dava açmaya gerek yoktur. İlgili düzenleme ile Türk Borçlar Kanunu’nda olmayan bir yaptırım türü olan yokluk da açıkça kabul edilmiştir.¹⁰⁹

¹⁰⁵ **AYAN**, Mehmet; Borçlar Hukuku Genel Hükümler sf. 150.

¹⁰⁶ **KAPLAN**, İbrahim; Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler), Sf. 94-95.

¹⁰⁷ **HAVUTÇU**, Ayşe; Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması Sf. 144.

¹⁰⁸ **HAVUTÇU** Sf. 145. Dipnot 363.

¹⁰⁹ **KILIÇOĞLU**, Sf. 119.

B. Yazılmamış Sayılma Yaptırımının Kesin Hükümsüzlük/Kısmi Kesin Hükümsüzlük Olduğuna Dair Görüşler

Kırkbeşoğlu'na göre karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşulları hakkında sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi vermemesi, bunların içeriğini öğrenme imkânını sağlamaması ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmemesi halinde genel işlem koşullarının yazılmamış sayılacağı TBK 21.maddesinde hükme bağlandığını ifade ederek yazılmamış sayılmanın kesin hükümsüzlüğe benzer bir geçersizlik türünün sağlanmaya çalışıldığı kabul edilmelidir.¹¹⁰ Yine aynı yazar, yazılmamış sayılma yaptırımının hukuki niteliğinin, TBK m. 27/1'e kıyasen kesin hükümsüzlük, sözleşmeye etkisi bakımından ise kısmi hükümsüzlük olarak kabul edilmesi gerekir¹¹¹, diyerek yukarıdaki görüşünü pekiştirmiştir.

Hatemi/Gökyayla'ya göre ise yazılmamış sayılma ile kesin hükümsüzlüğün aynı şey olmadığını vurgularken¹¹² **Hatemi**, başka bir çalışmasında '*yazılmamış sayılır ifadesi yerine karşı tarafı bağlamaz demek daha doğru olur*¹¹³' demektedir.

Antalya'ya göre, yazılmamış sayılma, geçersizliğin ağırlaştırılmış bir şeklidir.¹¹⁴ Yazılmamış sayılma, kesin hükümsüzlüğün yokluğa yaklaşan daha ağırlaştırılmış bir türevidir.¹¹⁵ Yani yazılmamış sayılma, geçersizlik çeşitlerinden biri olarak, kesin hükümsüzlükten farklı ancak daha ağır bir geçersizlik türüdür.¹¹⁶

Ulusan da "yazılmamış sayılmadan maksadın kesin hükümsüzlük olduğu anlaşılmaktadır" diyerek, yazılmamış sayılmanın kesin hükümsüzlük olduğunu ileri sürmüştür.¹¹⁷

¹¹⁰ **KIRKBEŞOĞLU**, Nagehan; Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, Sf. 64.

¹¹¹ **KIRKBEŞOĞLU** Sf. 64.

¹¹² **HATEMİ** Hüseyin/**GÖKYAYLA** Emre; Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Sf. 63.

¹¹³ **HATEMİ**, Hüseyin; Borçlar Hukukunun Genel İlkeleri Açısından Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Borç İlişkileri (Borç Kaynakları) Bölümünün Değerlendirilmesi, Sf. 225.

¹¹⁴ **ANTALYA**, sf. 106.

¹¹⁵ **ANTALYA** sf. 93-95.

¹¹⁶ **ANTALYA** Sf. 103.

¹¹⁷ **ULUSAN**, İlhan; Türk Borçlar Kanunundaki Genel İşlem Şartlarına İlişkin Yeniliklerle İlişkili Bazı Düşünceler, Sf. 1224.

C. Yazılmamış Sayılmanın Kendine Özgü Bir Yaptırım Olduğuna Dair Görüşler

Yeniocak'a göre, yazılmamış sayılma, yokluk yaptırımı benzeyen fakat kendine özgü nitelikler taşıyan bir yaptırımdır. Yokluk, bir hukuki işlemin kurucu unsurlarının eksik olmasıdır. Her hukuki işlem bakımından geçerli olan kurucu unsur ise, hukuki işlemi yapmaya yönelik iradenin varlığıdır. Açık ya da örtülü irade beyanının varlığı dışında, bazı hukuki işlemler bakımından ek kurucu unsurlar da söz konusu olabilir. Örneğin, evlilik sözleşmesi için öngörülen merasim, sözleşmenin varlığı bakımından kurucu unsur teşkil eder. Kurucu unsurlardaki eksiklik o işlemin hukuken varlık kazanmasına engel olur. Bu sebeple, hukuki işlem yok sayılır. Kesin hükümsüzlük ise, hukuki işlemin kurucu unsurlarında bir eksiklik olmamasına rağmen, işlemin geçerlilik şartlarında, kamu düzenini ilgilendirecek bir eksikliğin varlığı halinde söz konusu olur. Ancak yazılmamış sayılma esasen taraf iradesinin sözleşmeye yansımaması sonucuna bağlanmış bir yaptırımdır. Burada, sözleşmenin kurulmasını sağlayan kabul beyanı şeklen var olsa da hakkında açıkça bilgi verilmeyen ya da sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine aykırı genel işlem koşulları bakımından ortada gerçek bir irade beyanı olmadığı kabul edilir. Bu sebeple yazılmamış sayılmanın daha çok yokluk yaptırımına benzeyen ancak yeni bir yaptırım türü olduğu kabul edilebilir.¹¹⁸

Yelmen'e göre ise, genel işlem koşullarının hukuki niteliği bir sözleşme olarak değil sözleşmenin hükümleri olarak kabul edilir. Bu nedendir ki sözleşmeler için geçerli olan yaptırım türleri, genel işlem koşullarının niteliği ile tam olarak örtüşmez. Her şeyden önce, yazılmamış sayılma, sözleşmeler için geçerli olan yaptırım türlerinden eksiklik olarak kabul edilemez. Zira eksiklikte söz konusu olan askı durumu yazılmamış sayılmada mevcut değildir. Ayrıca eksiklikte, eksik unsur veya olayların eklenmesiyle sözleşmenin tamamlanması söz konusu iken genel işlem koşulları için böyle bir uygulama söz konusu değildir.

Yazara göre yazılmamış sayılma yaptırımının iptal olarak da nitelendirilmesi mümkün değildir. Zira yazılmamış sayılan hükümler, iptal yaptırımına tabi olan hükümlerin aksine başlangıçta geçerli bir şekilde sözleşmeye dâhil olmamıştır. Ayrıca yazılmamış

¹¹⁸ **YENİOCAK**, Sf. 85-86.

sayılan hükümler, iptalde olduğu gibi bir irade açıklaması olmadan kendiliğinden geçersizdir.¹¹⁹

Ayrıca yine yazara göre yazılmamış sayılma yaptırımını yokluk olarak nitelemek de mümkün değildir. Çünkü yokluk, sözleşmenin kurulması, kurucu unsurları ile ilgili bir terimdir. Yazılmamış sayılmada ise söz konusu hükümlerin sözleşme içeriğine dâhil olup olmadığı tartışma konusudur.¹²⁰

Bütün bu gerekçelerden ve genel işlem koşulları ile ilgili Borçlar Kanunu'ndaki hükümlerden dolayı, yazara göre yazılmamış sayılma yaptırımı, kendine özgü bir yaptırımdır. Yazılmamış sayılma, sözleşme için getirilmiş bir yaptırım türü değil; sözleşme kapsamına alınmak istenen şart veya şartlar bakımından geçerli olan bir yaptırım türüdür. Burada sözleşmenin kurulup kurulmadığı değil; söz konusu şartların sözleşme içeriğine dâhil olup olmadığı tartışılır.¹²¹

Kanaatimizce yazılmamış sayılma yaptırımı, gerek kanundaki ifadesi gerek düzenleme biçimi ve yerine göre kendine özgü unsurları taşımakla birlikte yokluk yaptırımına daha yakın durmaktadır. Zira yokluk, sözleşmenin kurulması esnasında taraf iradelerinde meydana gelebilecek uygunsuzluklar sonucu ortaya çıkar. Zaten kanun koyucu, yazılmamış sayılma yaptırımını uygulayabilmek için genel işlem koşullarının karşı tarafın hâkimiyet alanına sokulması ve ona içeriğini öğrenme imkânı sağlanmasını zorunlu kılmıştır. Bu şartlar yerine getirilmediği zaman karşı tarafın neyi kabul ettiğini bilmemesi, beraberinde irade uyuşmazlığını getirir. Zira sözleşmelerin kurulması hakkındaki temel hükmü barındıran TBK m. 1'e göre *"Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur."* Yazılı olarak kurulması öngörülen bir sözleşmede birtakım maddelerin yazılmamış sayılması, aynı zamanda söz konusu maddelerin sözleşme içeriğine dâhil olmaması anlamına gelmekte ve fikrimizi desteklemektedir.

Ayrıca sözleşmenin içeriğine ve işin niteliğine aykırı genel işlem koşullarına karşı, sözleşmeyi neredeyse okumadan imzalayan ya da imzalamak zorunda kalan karşı taraf açısından bir iradesizlik olduğu aşikârdır. Bu durumda da yok sayılacak genel işlem

¹¹⁹ YELMEN Sf. 104-105.

¹²⁰ YELMEN sf. 105.

¹²¹ YELMEN Sf. 106.

koşulları dışındaki diğer hükümler geçerliliğini koruyacağından, esasen kısmi yokluktan söz edilebilir. Nitekim bu görüşümüzü bizzat TBK 22/2. hükmü desteklemekte ve yazılmamış sayılanlar dışındaki hükümlerin geçerli olacağını belirtmektedir.

III. Yazılmamış Sayılmanın Hüküm ve Sonuçları

TBK m. 21/1'e göre, *karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarını sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip bunların içeriğini öğrenme imkânının sağlamasına ve karşı tarafın da bunları kabul etmesine bağlıdır.* O halde yazılmamış sayılma yaptırımının gündeme gelebilmesi için öncelikle genel işlem koşullarının sözleşmenin muhtevasına girmesi için gerekli olan unsurlarda bir eksiklik olması lazımdır.

Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise, *sözleşmenin niteliğine veya işin özelliğine aykırı genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır,* demektir. O halde genel işlem koşulları, hangi sözleşmenin içeriğine dâhil edilmek isteniyorsa o sözleşmeye uygun hükümler barındırmalıdır. Sözleşmenin içeriğine ve işin niteliğine yabancı hükümler, genellikle karşı tarafın asli edim yükümünü önemli derecede genişleten ve kısıtlayan hükümlerdir.¹²²

Yine sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı şartlar, genel işlem koşullarını kullanan tarafın kanuni yükümlülüklerini alışılmadık şekilde kaldıran hükümler olabilir. Nihayet genel işlem koşullarındaki bir hüküm, sözleşme metninin içerisinde ilgisiz bir yere konulması sebebiyle, bulunduğu yer bakımından da beklenmez nitelikte olabilir.¹²³

Yazılmamış sayılan genel işlem koşulları, başından beri sözleşmenin içeriğine dâhil değildir. Bundan dolayıdır ki söz konusu bu şartlar, taraflar arasındaki hukuki ilişkide esas alınmaz ve sözleşmenin muhtevasına dâhil olmadıkları için taraflar arasında hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz.

¹²² KAŞAK, sf. 423.

¹²³ KAŞAK Sf. 423-424.

Sözleşme, yazılmamış sayılan hükümler karşısında varlığını devam ettirecektir. TBK 22.maddede de aynen, *sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez, denilmiştir.* Burada genel işlem koşulları içeren hükümlerin TBK m. 27/2 hükmü uyarınca dolanılması engellenmiştir.

Yazılmamış sayılan hükümler olmasa da sözleşmenin geçerli olacağını düzenleyen bu hüküm, önemli bazı sorunları da beraberinde getirmiştir. Örneğin yazılmamış sayılan hükümlerin sözleşme içerisinde esaslı noktaları teşkil etmesi halinde, TBK m. 22'ye göre, bu hükümler yazılmamış sayılsa dahi sözleşmeyi ayakta tutmak gerekir. Ancak bu sonuca varmak mümkün değildir. Zira sözleşmenin esaslı noktalarında tarafların uyuşamaması demek sözleşmenin kurulmamış olması demektir. Dolayısıyla sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşma, kurulması için zorunlu bir unsurdur. O halde, sözleşmenin tamamının ayakta kalıp kalmayacağını tespit edebilmek için, yazılmamış sayılan hükmün sözleşme içerisinde esaslı nokta teşkil edip etmediğine bakmak gerekir.

TBK m. 2 gereğince, taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile sözleşme kurulmuş sayılır. İkinci derecedeki noktalarda uyuşamazlarsa hâkim, uyuşmazlığı işin özelliğine bakarak karara bağlayacaktır. Hâkim, somut olayın gerekleri ve işin özelliğini dikkate alacaktır.

Yürürlük denetimi sonunda, genel işlem koşullarının kısmen veya tamamen sözleşme içeriğine dâhil olmadığı tespit edilirse, öncelikle tarafların üzerinde uzlaştıkları diğer hususların bir sözleşme kurmak için yeterli olup olmadığına bakılmalıdır. Diğer bir ifadeyle, yürürlük denetimi sonucunda, bir genel işlem koşulunun sözleşmenin içeriğine dâhil olmaması durumunda, bu koşul olmaksızın, sözleşmenin diğer hükümlerinin geçerli kabul edilerek sözleşmenin kurulmuş kabul edilmesi için, söz konusu kayıtların sözleşmenin objektif esaslı noktalarını içermesi gerekmektedir.¹²⁴ Sözleşmeye dâhil olmayan genel işlem koşulları içerisinde, ivaz veya karşı edime ilişkin kayıtların olması ve

¹²⁴ ÇINAR, Sf. 105-106.

bu kayıtların sözleşmeye dâhil olmaması durumunda, sözleşme tamamen hükümsüz olacağı için tamamlanması yoluna gidilmeyecektir.¹²⁵

Eğer ki yazılmamış sayılan şart ya da şartlar esaslı nokta teşkil ediyor ise genel işlem koşullarını içeren bu sözleşme bir bütün olarak kurulmamış sayılmalıdır. Sözleşme kurulmadığında ise taraflar arasında hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. Bunun yanında, yazılmamış sayılan şartlar, sözleşme içerisinde esaslı olmayan (ikinci derecedeki) noktalara isabet ediyorsa o halde TBK'nın 22.maddesinin tam olarak uygulanmasına imkân tanınması gerekir. Zira genel işlem koşullarını sunan, yazılmamış sayılan hükümler olmasaydı söz konusu sözleşmeyi kurmayacağını ileri sürememelidir. Bu durumda sözleşmenin hâkim tarafından tamamlanması meselesi gündeme gelecektir. Sonuç olarak sözleşme, hakkaniyet ölçüsünde ve usulüne uygun olarak tamamlanır. Hâkim, TMK m. 4 uyarınca tarafların menfaatlerini de göz önüne alarak hareket etmelidir.

Yargıtay da bir kararında¹²⁶: “...erken kapama komisyonu, masraf ve BSMV'ye ilişkin düzenlemeler içeren ve genel işlem şartı niteliğinde kabul edilen sözleşmenin ilgili maddelerinin yazılmamış sayılmasına karar verilip verilemeyeceğinin tartışılıp değerlendirilmesi gerekirken, davacı müşterinin menfaatleri yönünden yeterli değerlendirme yapılmaksızın karar verilmiş olması doğru olmamış...” şeklinde bir hüküm kurmuştur. Yüksek mahkeme, genel işlem koşulları niteliğindeki hükümlerin yazılmamış sayılma yaptırımına tabi tutulması için öncelikle karşı tarafın menfaatleri yönünden bir değerlendirme yapılmasını istemiştir. Zira karşı taraf menfaatlerine aykırı olmayan genel işlem koşullarının yazılmamış sayılma yaptırımına tabi tutulmaması gerektiği de vurgulanmıştır.

Bizce de genel işlem koşulları niteliğindeki hükümlerin, somut olayın tüm gerekleri göz önüne alınıp menfaat değerlendirilmesi yapılmadan yazılmamış sayılması, kanunun amacını aşacağından hukuken kabul görmemelidir. Zira TBK'da yer alan genel işlem koşullarına dair düzenlemelerin yegâne amacı, bozulan taraf eşitliğinin ve sözleşme adaletinin tesis edilerek zayıfların korunmasıdır. Buna paralel olarak nispi emredici hükümler yer almış ve karşı tarafın lehine olacak şekilde değiştirilebilmelerine imkân sağlanmıştır. O halde genel işlem koşullarının yürürlük denetimine dair hükümleri, söz

¹²⁵ ATAMER, Açık İçerik Denetimi, Sf. 120-121.

¹²⁶ Yargıtay 11. HD. Esas:2015/13193 Karar:2016/1257 Tarih:10.02.2016. (Kazancı İçtihat Bankası).

konusu şartların karşı tarafın lehine olması halinde uygulanmamalıdır. Bu şekilde karşı tarafın menfaatlerinin zedelenmesine izin verilmeyecek ve kanunun amacına uygun hareket edilmiş olacaktır.



BÖLÜM III.

GENEL İŞLEM KOŞULLARINDA YORUM DENETİMİ

§1. Genel Olarak

Yorum, kelime anlamı itibariyle genellikle bir metin, olay veya konuşma hakkında belli bir görüşe göre yapılan açıklamadır.¹²⁷ Hukuki anlamda kullanılan yorum kavramı ise bir belgedeki ifadenin açıklanması, belirlenmesidir.¹²⁸ O halde yorumlamak, kelime anlamı olarak; “bir manaya yormak, açıklayıcı bir mana vermek, tabir etmek¹²⁹”, “yazıların manalarını açıklamak ve tespit etmek¹³⁰”, “bir işin esasını ortaya çıkarmak” anlamlarına gelen bir kavramdır. Yorum, hukuki işlemleri, bir müzik parçasını, bir romanı veya şiiri, bir tarihî olayı hatta bir kelimeyi anlamlandırır. Bunlara anlam vermeye, hayat vermeye yönelik zihnî faaliyetlerin tümü yorumdur.¹³¹

Hukuki işlemlerin yorumu hususu, onun tam olarak ne anlama geldiğini ve hukuki hüküm ve sonuçlarını belirtmek için yapılan inceleme ve zihnî çalışmaların tümüdür.¹³² Yorum, tarafların birbirine zıt menfaatleri arasında adil bir denge kurma amacıyla yapılır.¹³³ Bize göre ise hukuki yorum, kanuna hayat vermek ve onu hukuk dünyasına katıldığı zaman diliminden bağımsız olarak her somut olay ve durum bağlamında yeniden canlandırıp toplumsal ihtiyaçları en iyi şekilde karşılar hale getirmektir. Zira yorum sayesinde ki hukuk kuralları daha iyi anlaşılır ve uygulanma imkânı bir o kadar da kolaylaşır.

Sözleşmenin yorumlanması hakkında 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 19.maddesinde bir düzenleme mevcuttur. Söz konusu düzenleme, “*Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya*

¹²⁷ **AYVERDİ**, İlhan; Misalli Büyük Türkçe Sözlük, C.3, İstanbul 2006, sf. 3438.

¹²⁸ **YILMAZ**, Ejder; Hukuk Sözlüğü, 10. Baskı, Ankara 2011, sf. 1510.

¹²⁹ **DOĞAN**, Gül; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullar , sf. 1151.

¹³⁰ **ÖZCAN**, Hüseyin; Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, sf. 721.

¹³¹ **AKYOL**, Şener; Sözleşmenin Yorumu, sf. 1.

¹³² **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, sf. 193. **AKYOL**, Sözleşmenin Yorumu, sf. 1.

¹³³ **EREN**, Sf. 147.

gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.” şeklinde olmakla birlikte yorum faaliyetinin nasıl yapılacağına dair herhangi bir ölçüt yer almamaktadır. O halde yorum faaliyetinin nasıl yapılacağına dair kriterlerin belirlenmesi doktrine bırakılmıştır.¹³⁴

Genel işlem koşullarının, yürürlük denetiminden geçtikten sonra taraflar için bağlayıcı olan bir sözleşme haline geldiğini, genel işlem koşullarının hukuki niteliği bölümünde ele almıştık. O halde genel işlem koşullarının yorumu, eldeki somut sözleşme çerçevesinde tarafların varsayılan iradeleri de göz önünde bulundurularak gerçekleştirilir. Genel işlem koşulları içerisinde açık ve anlaşılır olmayan yahut birden çok anlam ifade eden hükümlerin, tam olarak ne anlama geldiği tespit edilmeye çalışılır.

Genel işlem koşulları, kanunlar kadar olmasa da genel ve soyut olarak kaleme alınan metinlerdir. Bunlar hazırlanırken daha önceden belirlenmiş kişi, kurum ya da durumlar dikkate alınmamaktadır. O halde genel işlem koşulları içeriği gereği yorumlanmaya ihtiyaç duyabilmektedir.

Genel işlem koşullarının yorumu, sadece bunlar sözleşmenin kapsamına girdikten sonra söz konusu olabilir. Gerçekten de herhangi bir şekilde sözleşme kapsamına girmemiş genel işlem koşullarının bu kapsamda değerlendirilmesi söz konusu olmaz. Ayrıca yazılmamış sayılan ve ferdi (hususî) sözleşme niteliğine dönüşen hükümler de artık genel işlem koşullarının yorumu kapsamında değerlendirilemez. Bu sebeple de genel işlem koşullarının yorumu, söz konusu hükümler bakımından geçerli değildir.¹³⁵ O halde yorum denetimi, yürürlük denetiminin bir sonraki aşaması sayılmalı ve yürürlük denetiminden geçemeyen hükümler hakkında yorum denetimi uygulanmamalıdır.

Genel işlem koşullarının yorumu, Türk Borçlar Kanunu’nda müstakil olarak düzenlenmiştir. Gerçekten de TBK m. 23’e göre, “*Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.*” O halde kanun maddesinde, genel işlem koşullarının yorumlanması bakımından birtakım şartlar ve bir yorum metodu belirlenmiştir. Hükme göre, bu koşulların yorumlanabilmesi için, açık veya anlaşılır olmaması ya da birden çok

¹³⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, sf. 71; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Sf. 335.

¹³⁵ YELMEN, sf. 112.

anlama gelmesi gerekmektedir. O halde aşığıda, genel işlem koşullarının yorumu için gereken unsurları ve bu şartları için düzenlenen yorum metodunu incelemekte fayda olacaktır.

§2. Genel İşlem Koşullarında Yorum Denetiminin Şartları

TBK m. 23 sebebiyle, genel işlem koşullarının yorumlanabilmesi, bu şartların açık olmayıp birden çok anlama gelmesi veya yeteri kadar anlaşılır olmaması halinde mümkündür. O halde genel işlem koşulları bakımından bir yorumlama faaliyeti yapabilmek için birbirinden bağımsız iki şart bulunmaktadır. Bu şartları ayrı başlıklar altında ve detaylıca incelemek faydalı olacaktır.

I. Hükümün Açık ve Anlaşılır Olmaması

Açık ve anlaşılır olmamadan kasıt, genel işlem koşulunun sözleşme içerisindeki anlamının tam olarak tespit edilememesidir. Açık ve anlaşılır olmayan bir hüküm, kural olarak yoruma muhtaçtır. Bu tür bir hükmün tespiti ise, somut hal ve şartların değerlendirilmesi ile mümkün hale gelir.¹³⁶ Burada öncelikle hükmün, mantık ve dilbilgisi kurallarına göre değerlendirilmesi gerekir. Nitekim Yargıtay da bir kararında, “Anlaşılmazlık, taraflar arasındaki sözleşmeden çıkmaktadır. Bu noktada sözleşmelerin yorumu, öncelikle mantık ve gramer kurallarına göre yapılacaktır.¹³⁷” ifadesine yer vermiştir. Yargıtay da yoruma öncelikle nasıl başlanması gerektiğini belirtmiştir. Bu durumda söz konusu genel işlem koşulunun yorumlanması gereklidir.

II. Hükümün Birden Çok Anlama Gelmesi

Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, birden fazla anlama da gelebilir. Yani söz konusu hükmün sözü, eldeki somut sözleşme açısından düşünüldüğünde birden çok anlam içermektedir. Örneğin karşı tarafın para borcunu kendisine en yakın yerleşim yerindeki ödeme noktasında ifa edeceğine dair bir koşul varsa, kendisine en yakın yerleşim

¹³⁶ KAPLAN, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, sf. 39.

¹³⁷ Yargıtay 11. HD. E. 1997/10396 K. 1998/1278 T. 1998/1278 (KBİBB).

yeri ibaresinden, karşı tarafın sözleşmede belirttiği yahut fiili olarak oturduğu yer anlaşılmalıdır. Nitekim karşı taraf lehine yorum ilkesi, burada geçerlidir.

Birden çok anlama gelme, esasında genel işlem koşullarının içeriği ile de ilgilidir. Çünkü genel işlem koşulları, belirli bir kişi ya da durum dikkate alınmadan, ileride kurulacak olan birden çok sözleşmede kullanılmak üzere, genel ve soyut olarak hazırlanmaktadır. Yine bu koşullar hazırlanırken, taraflar arasındaki somut olay veya sözleşme göz önünde tutulmamaktadır. Bu sebeptendir ki genel işlem koşullarında yer alan hükümlerin, birden fazla anlama gelmesi mümkündür. Bu durumda da söz konusu genel işlem koşulunun yorumlanması gereklidir.

§3. Genel İşlem Koşullarında Yorumlamanın Kapsamı ve Sınırı

Genel işlem koşullarının yorumu; tarafların varsayılan iradeleri, somut sözleşme ilişkisi içerisinde göz önünde bulundurularak onların kelimelere verdikleri anlamı tam olarak tespit edebilmektir. O halde genel işlem koşullarının yorumu esnasında somut sözleşmenin niteliği, mahiyeti ve tarafların farazi iradeleri oldukça önemlidir.¹³⁸ Açık ve anlaşılır olmayan genel işlem koşullarının yorumu, somut sözleşme kapsamında tarafların farazi iradeleri de dikkate alınarak yapılmalıdır.¹³⁹¹⁴⁰ Çünkü yorum, tarafların arzu etmedikleri, hatta hiç düşünmedikleri yeni bir hukuki durum veya sonuç çıkarma faaliyeti

¹³⁸ Doktrinde, genel işlem koşullarının yorumlanması sırasında somut olayın özelliklerinin dikkate alınmaması gerektiği yönünde karşıt görüşler de bulunmaktadır. Buna göre, genel işlem koşullarında ifadesini bulan irade, bu kuralların kapsamına girecek somut olaylardan bağımsız bir biçimde olmuştur. Bu sebeple, yorum esnasında, genel işlem koşullarını hazırlayan kişinin somut olay hakkında ne düşünmüş olabileceğini araştırmak son derece anlamsızdır. Çünkü olayların büyük çoğunluğunda taraflar, sözleşme kurulurken genel şartlarda yer alan düzenlemeler hakkında hemen hemen hiç konuşmamaktadır. Bu durumda muhatap, somut olayı ilgilendiren özelliklere öncelik verilmesini beklememelidir. Bu sebeple, genel işlem koşullarına muhatap tarafından verilen anlam ve somut olayla ilgili özellikler, yorum esnasında da göz önünde bulundurulmamalıdır. Yorum, metnin dışında, olaylardan soyutlanmış bir değerlendirmeye dayanmalıdır. **HAVUTÇU**, sf. 150-151. **BAĞRIAÇIK**, Safiye Nur; Genel İşlem Şartları Ve Denetlenmesi, İKÜHFD, Yıl 11, Cilt 11, Sayı 2, Temmuz 2012, sf. 160. **SOYER**, Polat; Genel İş Koşulları, sf. 111-112.

¹³⁹ Aynı görüş için bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, sf. 238-39. **SİRMEN**, sf. 119. Çınar Sf. 112. **AÇIKGÖZ** sf. 252. **KAPLAN**, Müdahale, sf. 64.

¹⁴⁰ Tarafların farazi iradelerinin tespit edilebilmesi için sözleşmenin konusu ve türü, ayrıca o sözleşmenin yapılmasıyla tarafların ulaşmak istedikleri amaç da göz önünde bulundurulmalıdır. Bundan başka, somut sözleşme bakımından bireysel nitelikte olan hükümler de bulunabilir. Genel işlem koşullarına göre uygulanma bakımından öncelik taşıyan bu bireysel hükümler, farazi iradelerin tespitinde ve yorum gerektiren genel işlem koşullarının ne anlamda yorumlanması gerektiği hakkında büyük kolaylık sağlayabilir. Ayrıca, bireysel nitelikteki hükümleri göz önünde bulundurularak, tarafların menfaatleri açısından daha isabetli kararlar verilebilir. Tarafların farazi iradeleri hakkında daha fazla bilgi için bkz. **BAŞPINAR**, Veysel; Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, sf. 87 vd. **KIRKBEŞOĞLU** sf. 189.

değildir. Aksine yorum, mevcudun anlamlandırılması, tarafların iradeleri ile kastettikleri gerçek amacın ortaya çıkarılmasıdır. Mevcut bir şeyin anlamlandırılması ise ondan bağımsız ve soyutlanmış bir şekilde yapılamaz. Aksi takdirde tarafların menfaatlerini zedeleyici sonuçlara ulaşılması kaçınılmazdır.¹⁴¹

İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, “*Tarafların aralarındaki ilişkileri düzenlemek için yaptıkları irade açıklamaları, muhtevalarına uygun hukuki sonuçları doğurmaya yönelmiş olduklarından, yorumun amacı, tarafların iradelerini açıklamak için kullandıkları metin ya da terimlerde ifadesini ulan bu hukuki sonuçların neler olduğunu araştırmaktır.*¹⁴²” diyerek yorum faaliyeti esnasında taraf iradelerinden de faydalanmak gerektiğini vurgulamıştır. Konuyla ilgili olarak Yargıtay da bir kararında, “*Hukuk literatüründe yorumda başvurulacak yöntemle ilgili çeşitli teoriler geliştirilmişse de hukukumuzda Borçlar Kanununun 18. Maddesi (TBK 19) gereğince, sözleşmelerin, tarafların gerçek ve müşterek iradelerine ulaşılarak yorumlanacağı kabul edilmelidir.*¹⁴³” ifadelerine yer vermiştir. O halde gerek Yargıtay kararından gerekse de Federal Mahkeme kararından çıkan sonuç, sözleşmenin kendisi, amacı, tarafların farazi iradeleri ve somut durumun göz önünde tutulması, yorum faaliyeti için hayati öneme sahiptir. Nitekim yorum faaliyeti, soyut ve genel bir hukuk kuralının somut olaya en uygun şekilde uygulanabilmesi için gerekli zihni faaliyetlerin tamamıdır.

Genel işlem koşulları bir sözleşmeye dâhil olduktan sonra onların bir sözleşmeden bağımsız olarak düşünülmesi isabetli olmaz. Çünkü global kabul yoluyla sözleşmeye dahil edilmiş olsa da onlar artık somut sözleşmenin bir parçasıdır. Bu itibarla, genel işlem koşullarının yorumunda, somut sözleşme ilişkisi ve tarafların farazi iradelerinden uzaklaşmak farklı sonuçlar doğurabilir. Bu ise zaman zaman her iki tarafın da menfaatinin zedelenmesine sebebiyet verir.¹⁴⁴ Ayrıca yorum faaliyeti sırasında doğru bir yorum için, bazen kelimelerin veya metinlerin objektif anlamlarından uzaklaşmak ve ferdî bir yoruma gitmek gerekebilir.¹⁴⁵ Sonuç olarak taraflar, genel işlem koşullarında bahsedilen kelime veya metinlere, herkesçe kabul edilen ve öyle anlaşılan anlamların dışında; somut olay ve şartların özelliğine göre başka bir anlam izafe etmiş olabilirler. O halde yorum, taraf

¹⁴¹ YELMEN, sf. 115.

¹⁴² BGE 85 II 97= JdT. 1960 I 142. (Karar için bkz. KIRKBEŞOĞLU, sf. 115).

¹⁴³ Yargıtay 14. HD. E. 2007/426 K. 2007/1574 T. 21.02.2007. (Kazancı içtihat Bankası).

¹⁴⁴ YELMEN Sf. 116.

¹⁴⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Sf. 197.

iradelerinin gün yüzüne çıkarılmasından ibarettir ve onların irade açıklamalarını değiştirir nitelikte olmamalıdır.

Gerçekten de yorum, tarafların irade açıklamalarını değiştiremez ve onların hiç istemedikleri bir sonuca varmaya sebep olamaz. Bunun sonucu olarak da tarafların edimleri ve yükümlülükleri, yorumla genişletilip daraltılamaz.¹⁴⁶ Bu sebeple yorum faaliyeti esnasında öncelikle taraf iradelerinden yola çıkılmalı ve hukuk kuralları ile değerlendirilip bir sonuca ulaşılmaya çalışılmalıdır.

Genel işlem koşullarında yorum faaliyetinin diğer bir sınırı ise, hukuk düzeni içerisinde bulunan emredici hukuk kurallarıdır. Emredici hukuk kuralları kamu düzeninde olduğundan ve bunların aksi kural olarak¹⁴⁷ taraflarca kararlaştırılamayacağından, genel işlem koşullarının yorumu da emredici hukuk kurallarına aykırı sonuçlar doğuramaz. Eğer genel işlem koşullarının yorumlanması sonucu emredici kurallara aykırı sonuçlar elde ediliyorsa öncelikle emredici kurallar uygulama alanı bulacaktır. Bu durumda söz konusu genel işlem koşulunun tabi olacağı yaptırım, TBK m. 23'e göre yazılmamış sayılma değil; TBK m. 27 gereğince kesin hükümsüzlük olacaktır.

§4. Genel Yorum Metodları ile Genel İşlem Koşullarında Kullanılan Yorum Metodunun Karşılaştırılması

Genel işlem koşullarının yorumlanması, Türk Borçlar Kanununun 23.maddesi uyarınca, kullanan aleyhine ve karşı taraf lehine yorum ilkesi çerçevesinde gerçekleştirilecektir. Ancak kanunda belirlenen başkaca yorum metotları ve ilkeleri de mevcuttur. Birden çok anlama gelen veya yeterince açık ve anlaşılır olmayan genel işlem koşullarının yorumunda, genel yorum kurallarının da uygun düştüğü ölçüde kullanılmasında bir sakınca bulunmamaktadır.

Öncelikle, genel işlem koşullarına özgü yorum metodundan ziyade kanunun getirdiği genel yorumlama ilke ve metotlarını incelemek faydalı olacaktır.

¹⁴⁶ **AKYOL**, Sözleşmenin Yorumu, Sf. 18.

¹⁴⁷ Mutlak emredici hukuk normlarının aksi hiçbir şekilde kararlaştırılmazken nispi emredici hukuk normları, sözleşme ilişkisi içerisinde taraflardan birini korumak amacıyla düzenlendiği için, korunmayan taraf aleyhine aksi kararlaştırılabilir. Detaylı bilgi için bkz. **GÜRİZ** Adnan; Hukuk Başlangıcı, 14. Baskı, Ankara 2012, sf. 20.

I. Genel Yorum Metotları

Yorumda kullanılan metot ve ilkeler, çeşitlilik arz etmektedir. Bunları şu şekilde sıralamak mümkündür. Öncelikle yorum, sathî (yüzeysel) değil, irade açıklamasını sorgulayıcı nitelikte olmalıdır.¹⁴⁸ Yorum yapılırken sözleşmenin kurulduğu andaki hal ve şartlar söz önünde tutulmalıdır.¹⁴⁹ Çünkü taraflar, o andaki şartları dikkate alarak sözleşmeyi imzalamışlardır. Söz konusu şartlar farklı olsa idi belki de değişik bir sözleşme yaparlardı. Bununla birlikte sözleşmenin kuruluşundan sonra meydana gelen yenilikler, gelişmeler ve görüşmeler de dikkate alınmalıdır.¹⁵⁰ Herhangi bir hüküm, tek başına ele alınmamalıdır. Aksine hükmün sözleşme içerisindeki yeri tayin edilmeli ve diğer hükümlerle olan bağlantısı göz önünde tutularak yorumlanmalıdır.¹⁵¹ Çünkü sözleşme bir bütündür. Sözleşmenin bireysel hüküm ve kısımları, bütünden ayrı olarak tek başlarına yorumlanamaz. Doktrinde buna ‘*tümsel yorum kuralı*’ adı verilmektedir.¹⁵² Aynı şekilde, yorum yapılırken mümkün olduğunca sözleşmenin ayakta kalmasına yönelik bir bakış açısıyla değerlendirmede bulunulması tercih edilmelidir.¹⁵³¹⁵⁴

Genel işlem koşullarının yorumlanmasında, bir haktan vazgeçmeye ilişkin beyanlar dar yorumlanmalıdır.¹⁵⁵ Yine yorumda, zayıf tarafın menfaatleri göz önünde tutulmalıdır.¹⁵⁶ Zayıf tarafın menfaatlerinin gözetilmesi ise genellikle güçlü olanın aleyhine yorum ile mümkün olur. Yine aynı şekilde, işleme katılanların bütün davranışları, yorumun

¹⁴⁸ **KAPLAN**, İbrahim; Banka Standart Sözleşmeleri Ve Banka Genel İşlem Şartları, BATİDER, Yıl 1991, Cilt XVI, Sayı 2, sf. 60.

¹⁴⁹ **KAPLAN**, Müdahale, sf. 64. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, Sf. 198. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU** Sf. 335. **KAPLAN**, Standart, sf. 55. **OĞUZMAN/ÖZ** Sf. 199. **AKYOL**, Sözleşmenin Yorumu, sf. 84 vd.

¹⁵⁰ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, sf. 335. **AKYOL**, Sözleşmenin Yorumu, sf. 84 vd. **OĞUZMAN/ÖZ** Sf. 199.

¹⁵¹ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, Sf. 197. **KAPLAN**, Müdahale, Sf. 68.

¹⁵² **EREN**, Sf. 472.

¹⁵³ **KAPLAN**, Müdahale, sf. 73. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, Sf. 198. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, sf. 336.

¹⁵⁴ Bu ilke, “favorcontractus” adı ile de bilinmektedir. Bu kavram, sözleşmenin ayakta tutulması, muhafaza edilmesi anlamına gelir. Bu ise taraf iradelerine ve sözleşme hürriyetine saygının bir sonucudur. Bkz. **BAŞPINAR** Veysel; Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998, sf. 92.

¹⁵⁵ **KAPLAN**, Müdahale, sf. 71. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, Sf. 142. **KOCAMAN**, sf. 1103. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, Sf. 199. **AYDIN**, sf. 114. **KAPLAN**, Standart, Sf. 55.

¹⁵⁶ **İNAN**, Ali Naim; Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Ders Kitabı), 3.Baskı, Ankara 1984, sf. 166. **KAPLAN**, Müdahale, sf. 74. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP** Sf. 198. **AYDIN**, Sf. 114. **AKYOL**, Sözleşmenin Yorumu, Sf. 59 vd.

başlangıcında belirlenmeli ve dikkate alınmalıdır.¹⁵⁷ Taraflar arasında benzer uygulamalar varsa bunlar da yorum yapılırken göz önünde tutulmalıdır.¹⁵⁸

Yorumun kendi içerisinde tutarlı olması gerekir. Dolayısıyla yorumda çelişkiye yer verilmemelidir. Yine yorum, hukuka ve ahlâka uygun olmalıdır.¹⁵⁹ Ayrıca yorumda, tarafların menfaatleri, adil bir şekilde tartılmalı ve dengelenmelidir.¹⁶⁰ Yine yorumun kendisi, yoruma ihtiyaç duymamalıdır. Bu sebeple yorum, açık, kesin ve anlaşılır olmalıdır. Yorumun insan haklarına aykırı ve ayrımcı olmaması icap eder.¹⁶¹ Nihayet yorum, dürüstlük kuralı ve güven ilkesine de uygun olmalıdır.¹⁶² Yukarıdaki görüşlere ilave olarak yorum; içerisinde bulunduğu hal ve şartlar dâhilinde taraf iradelerinin izini sürmektir.

II. Genel İşlem Şartlarına Özel Yorum Metodu

Yukarıda doktrinsel olarak açıkladığımız ve genel işlem koşullarının yorumlanmasında da tamamlayıcı rol üstlenebilecek metot ve ilkelerin dışında, kanun koyucu, genel işlem koşullarının yorumlanması bakımından uygulanacak yorum metodunu özel olarak düzenlemiştir. Buna göre genel işlem koşullarındaki açık ve anlaşılır olmayan, birden çok anlama gelen ifadeler, genel işlem koşullarını sunan tarafın aleyhine; karşı tarafın ise lehine yorumlanacaktır. Doktrinde bu kurala, ‘beyanı kaleme alan aleyhine yorum kuralı’¹⁶³ da denmektedir. Bu durumda kullanan, genel işlem koşullarında açık ve anlaşılır olmayan veya birden fazla anlama gelen hükümler bakımından, kendi aleyhine yorum ilkesine katlanmalıdır.¹⁶⁴ Zira aksi durumda kaleme aldığı hükümden bizzat yararlanması söz konusu olur. Bu durum ise her şeyden önce, Roma hukukundan

¹⁵⁷ **AKYOL**, Sözleşmenin Yorumu, sf. 64 vd.

¹⁵⁸ **İNAN**, Borçlar, sf. 165. **KAPLAN**, Müdahale, Sf. 75. **AKYOL**, Sözleşmenin Yorumu, sf. 66 vd. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP** Sf. 200.

¹⁵⁹ **AKYOL**, Sözleşmenin Yorumu, sf. 77 vd.

¹⁶⁰ **AKYOL**, Sözleşmenin Yorumu, sf. 70 vd.

¹⁶¹ **AKYOL**, Sözleşmenin Yorumu, sf. 78. Vd.

¹⁶² **EREN**, Sf. 157, 158. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, sf. 196. **KAPLAN**, Müdahale, sf. 67. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Sf. 335. **AYDIN**, Sf. 114. **AKYOL**, Sözleşmenin Yorumu, sf. 87 vd.

¹⁶³ **EREN** Sf. 473.

¹⁶⁴ Bahsedilen sonucun dayandığı düşünceye ilişkin doktrinde çeşitli açıklamalar yapılmıştır. Buna göre; genel işlem koşullarını kullanan, burada yer alan hükümleri tam olarak istediği gibi ifade etmek imkânına sahiptir. Kullanan, buna rağmen söz konusu hükümleri isteğine uygun olarak hazırlamamışsa bunların kendi aleyhine yorumlanmasına katlanır. Bkz. **TEKİNALP**, Sf. 141. **KAPLAN**, Müdahale, Sf. 78.

günümüze kadar gelen ve hukukun temel ilkelerinden olan “Hiç kimse kendi kusuruna dayanarak hak iddia edemez.” ilkesine aykırı olmaktadır.

Öğretide yaygın olan bir görüşe¹⁶⁵ göre, genel işlem koşullarına özgü olan karşı taraf lehine yorum ilkesi, ancak tali bir ilke olarak uygulama alanı bulur. Buna göre, yorum sonucunda, bir sözleşme kaydının birden çok anlamı ortaya çıkıyorsa ya da anlamı belirlenemiyorsa bu ilke uygulanmalıdır. Bu ilke, yorum yapılırken doğrudan uygulama alanı bulamaz, ancak yorum sonucunu değerlendirirken önem kazanır. Dolayısıyla, bu, ikinci derecede göz önünde tutulması gereken yani tali bir ilke niteliği göstermektedir.¹⁶⁶

Doktrinde ağırlıklı olarak savunulan bir diğer nokta ise, sözleşmede yer alan bir kayıt, karşı taraf lehine yorumlanıyorsa bu durum, içerik denetimi ile elde edilebilecek olan daha olumlu sonucu engellememelidir. Buna göre, birden farklı yorum sonucunun hepsi sonradan yapılacak bir içerik denetimini aşamayacak gibiyse, yorum husus üzerinde daha fazla durmaya gerek yoktur, doğrudan içerik denetimine geçilebilir.¹⁶⁷ Örneğin, taraflar arasında bir cezai şartın mı yoksa götürü bir tazminatın mı kararlaştırıldığı sorusu tartışmaya değer olmayabilir. Zira olayın özellikleri genelde hem müşteri aleyhine kararlaştırılan cezai şartın hem de götürü tazminatın batıl olduğu sonucuna götürecektir. Bu durumda içerik denetimi yapma zorunluluğu doğmasının en önemli sebebi, yorum yoluyla sözleşmenin karşı tarafı lehine belirlenen anlamın, içerik denetimi sonucunda, o kaydın hükümsüz sayılmasıyla ulaşılabilecek sonuçtan daha az yarar sağlamasıdır.¹⁶⁸

Kanaatimizce, genel işlem koşullarına özgü yorum denetiminin uygulanmasında öncelikle yorum denetimine tabi olan şartın yeteri kadar açık olup olmadığı ya da birden çok anlama gelip gelmediğine bakılmalıdır. Zira bu husus, genel işlem koşullarına özgü yorum metodunun uygulanması için ilk şarttır. Aksi halde, taraflarca kabul edilip bağlayıcılık kazanan genel işlem koşullarının birer sözleşme hükmünde olduğu unutulup her bir kayıt açısından lehe yorum ilkesi uygulanır ki bu sonuç taraf iradelerine ters düşüp yorumun esas amacını aşabilmektedir. Bunun yanında, karşı taraf lehine yorum ilkesinin uygulanması, karşı tarafın içerik denetimi ile sahip olabileceği durumdan daha ağır bir

¹⁶⁵ **KAPLAN**; İbrahim, Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları” (Banka GİŞ), Ankara 1991, C.XVI, S.2. Sf. 73, **ATAMER**, Denetleme, Sf. 136, **SOYER**, Sf. 134.

¹⁶⁶ **ÇINAR**, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009Sf. 115.

¹⁶⁷ **ATAMER**, Denetleme, Sf. 137.

¹⁶⁸ **ÇINAR**, Sf. 115.

sonuç doğurmamalıdır. Örneğin, genel işlem koşulu içeren bir sözleşmede yer alan ancak yeterince açık olmayıp kullanan tarafın ağır kusurdan sorumsuz olduğuna dair maddeleri, içerik denetimi ile hükümsüz kılınmayıp yorum denetimi ile hala ayakta tutulmaya çalışılırsa bu durum karşı taraf açısından elverişli olmayacak ve aşağıda ele alacağımız içerik denetiminin amacını aşacaktır.

Fikrimizce genel işlem koşullarının birden çok anlama gelmesi ya da yeterince açık ve anlaşılır olmayacak şekilde kaleme alınmasındaki temel amaç, bu koşulları kullanan tarafın ileride çıkabilecek herhangi bir uyuşmazlık açısından bir belirsizlik oluşturup tabiri caizse açık bir kapı bırakmak ve bundan faydalanmaktır. Ancak TBK'nın yorum denetimiyle ilgili 23.maddesi, son derece açık olmakla, genel işlem koşullarını kullanan tarafın bu niyetini kesin olarak bertaraf etmeye yetmektedir. Zira madde metnindeki “*düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır*” ibaresi, hiçbir tereddüte yer bırakmayacak şekilde düzenlenmiş olup emredici bir hukuk kuralı olduğu da kolaylıkla anlaşılmaktadır. O halde önceden genel işlem koşullarını hazırlayan taraf, bu koşulları hazırlarken açık ve anlaşılır olmayan yahut birden çok anlama gelen kayıtların kendi aleyhine sonuç doğuracağını bilerek bu yöntemden uzak durmak isteyecek ve kayıtların olabildiğince açık ve net bir şekilde kaleme alınmasını sağlayacaktır.

Aşağıda, genel işlem koşullarının içerik denetimi başlıklı çalışmamız da incelendiğinde, yorum denetiminin, genel işlem koşullarının yargısal denetimi içindeki rolü ve önemi daha iyi anlaşılacak ve yorum denetimi ile yürürlük ve içerik denetimi arasındaki farklar rahatlıkla ayırt edilebilecektir.

BÖLÜM IV.

GENEL İŞLEM KOŞULLARININ İÇERİK DENETİMİ

§1. Genel Olarak

Türk borçlar hukukunun temelinde yatan ilke “sözleşme özgürlüğü”dür. Sözleşme özgürlüğünü sağlayabilmek için tarafların, sözleşmenin içeriğini serbestçe tayin edebilmeleri gerekir. Nitekim ‘Sözleşmenin İçeriği’ başlığını taşıyan TBK 26. maddesinde de bu husus “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*” şeklinde kaleme alınmıştır. O halde sözleşmenin tarafları, kanunda öngörülen sınırlar içerisinde sözleşmenin içeriği hakkında söz sahibi olabilecektir.

‘İçerik özgürlüğü’, ‘sözleşme özgürlüğü’nün en önemli alt başlığını teşkil eder. Ancak yine bizzat TBK 26.madde metninden anlaşıldığı gibi, ‘içerik özgürlüğü’ sınırsız değildir.¹⁶⁹ O halde sözleşmelerin içeriğine kanundan doğan birtakım müdahaleler söz konusu olabilmektedir. İşte tam da bu noktada, sözleşmelerin içeriğini belirleme özgürlüğünün kanuni sınırlamalarından biri olan, genel işlem koşullarının içerik denetimi konusu ele alınacaktır.

Nitekim genel işlem koşullarının kısmen veya tamamen sözleşmenin içeriğine dâhil olması, bu sözleşmenin her şart ve koşulda adil bir sözleşme olduğu anlamına gelmemektedir. Yani yürürlük ve yorum denetimi kurallarının uygulanması sonucu sözleşme içeriği haline gelen genel işlem koşulları, sözleşme taraflarından birinin menfaatlerini dürüstlük kurallarına aykırı olarak ihlal edebilir veya onun durumunu aşırı ölçüde ağırlaştırabilir. Bu takdirde, hâkim tarafından, sözleşmenin her iki açısından adil bir içeriğe sahip olması için söz konusu sözleşme kayıtlarının “içerik denetimi” yoluyla hükümsüz sayılmasına karar verilir.¹⁷⁰

¹⁶⁹ EREN, Fikret; Genel İşlem Şartlarında İçerik Denetimi, İzmir Barosu Dergisi, Yıl 80, Sayı 3, Eylül 2015, sf. 289.

¹⁷⁰ ÇINAR, Sf. 119, HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi, Sf. 154, ATAMER, Denetleme, Sf. 143.

Genel işlem koşullarında içerik denetimi, TBK'nın 25.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.*” Görüldüğü üzere, genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı taraf aleyhine ve onun durumunu ağırlaştırıcı hükümler konulamamaktadır. O halde, genel işlem koşulları içeren bir sözleşmede içerik denetiminin yapılabilmesi için karşı taraf aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte bir hüküm olması gereklidir. Ayrıca bu hüküm, dürüstlük kurallarına da aykırı olmalıdır.

TBK 25.madde gerekçesinde de “maddede yapılan düzenleme ile ahlaka aykırılık ölçüsünde olmasa bile, öğretide dürüstlüğe aykırı olarak nitelendirilen bu tür davranışların, genel işlem koşulları alanında da önlenmesi amaçlanmıştır.¹⁷¹” ifadeleri kullanılmıştır.

Bünyesinde genel işlem koşulları barındıran bir sözleşmenin, TBK m. 25 anlamında içerik denetimine tabi tutulabilmesi için, öncelikle bu şartların sözleşme içeriğine dâhil olması; yani yürürlük kazanması gereklidir. Yani, genel işlem koşulları, TBK m. 21 anlamında ‘düzenleyenin karşı tarafa bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi vermesi ve bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlaması; karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesi’ durumunda yürürlük kazanacak ve artık içerik denetimine de konu olabilecektir. Zira yukarıda saydığımız şartları taşımayıp da sözleşme muhtevasına dâhil olmayan genel işlem koşulları, tabiidir ki içerik olarak da denetlenemez. Keza yukarıda da detaylı olarak ele alınan yürürlük denetimi, hem yorum denetimi hem de içerik denetiminin birer ön şartıdır.

Genel işlem koşullarının içerik denetimi, sözleşmenin tarafları arasındaki bozulan dengeyi sağlamak adına çok büyük bir öneme sahiptir. Çünkü bağlayıcılık (yürürlük) ve yorum denetiminin yeterli olmayacağı, taraflar arasında adil bir menfaat dengesinin sağlanabilmesi için ayrıca genel işlem koşullarının içerik denetimi yoluyla da denetlenmesi gerektiği kabul edilmektedir. İçerik kontrolünde o koşulun içeriğinin uygun oluşturulup oluşturulmadığı denetlenmekte, dürüstlük kuralına aykırı, adil olmayan ve haksız

¹⁷¹ T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Borçlar Kanunundan Türk Borçlar Kanunu’na, Temmuz 2011, sf. 115.

nitelikteki şartlar geçersiz kılınmaktadır.¹⁷² Bu durumda, hâkimin doğrudan sözleşmenin muhtevasına müdahale ederek bozulan dengeyi karşı taraf lehine tesis etmesinden başka çözüm yolu kalmamaktadır.¹⁷³ İçerik denetimi ile sözleşmede taraf menfaatleri hakkaniyete uygun bir şekilde dengelenir ve adil olmayan şartlar sözleşme kapsamı dışına çıkarılır.¹⁷⁴

Konuyla ilgili olarak Alman Anayasa Mahkemesi bir kararında “*Taraflar eğer geçerli bir şekilde anlaşmışlarsa derinlemesine bir içerik denetimine yer kalmayacaktır. Ancak sözleşmenin içeriği taraflardan birini alışılmadık ölçüde ağır bir yük altına sokuyorsa ve taraflar arasındaki menfaatler dengesi bariz bir şekilde gayrimakul ise artık mahkemeler ‘sözleşme sözleşmedir’ tespiti ile yetinemezler. Aksine taraflar arasındaki anlaşmanın müzakere güçlerindeki oransızlığın bir sonucu olup olmadığını açıklığa kavuşturmalılar ve duruma göre yürürlükteki özel hukukun genel hükümleri ile düzeltilmesi için müdahale etmelidirler.*”¹⁷⁵ şeklinde ifadelerle yer vermiş ve içerik denetiminin sözleşmenin tarafları arasında adil bir menfaat dengesi kurmayı amaçladığını belirtmiştir.

§2. İçerik Denetiminin Ölçütü Olarak Dürüstlük Kuralı

I. Genel Olarak

Genel işlem koşullarının içerik denetimi konusunda düzenleme içeren TBK m. 25, bu denetimin yegâne ölçütünü ‘dürüstlük kuralları’ olarak belirlemiştir. Ancak hâkimin içerik denetimi yaparken sadece dürüstlük kurallarını dikkate alması mümkün değildir. Dürüstlük kurallarının yanında hâkimin Anayasa’yı ve diğer emredici hükümleri de göz önünde bulundurması gereklidir. Çünkü Anayasa’mızın 138. maddesinin ilk fıkrasına göre, “Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasa’ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler.”¹⁷⁶

¹⁷² YAĞCIOĞLU, Ali Haydar; Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi sf. 3060.

¹⁷³ KOCAMAN, sf. 1103.

¹⁷⁴ BAŞALP, sf. 233.

¹⁷⁵ Karar metni için bkz. BAŞALP, sf. 233.

¹⁷⁶ YELMEN, Sf. 124.

Dürüstlük kuralı dışında, içerik denetiminde, sözleşme özgürlüğünün sınırları olarak bilinen ölçütler de kullanılabilir. Örneğin gabin, sözleşmenin konusunun imkânsız olması hali, irade sakatlıkları; sözleşmenin emredici kurallara, kamu düzenine, kişilik haklarına ve ahlaka aykırı olması durumu da içerik denetimi için ayrı bir ölçüt olabilmektedir. Genel işlem koşullarının içerik denetimini düzenleyen TBK m. 25 hükmünde sadece dürüstlük kurallarından bahsedilse de bu şartlar, yukarıda örneklenen kıstaslar dâhilinde de değerlendirilebilir. Çünkü sayılan bu hususlar, bir sözleşmenin hukuk düzenindeki genel sınırlarını belirlemektedir. Bu genel sınırlamalara aykırı olan ve genel işlem koşulları ihtiva eden bir sözleşme zaten hükümsüz olacağından, ayrıca genel işlem koşullarının dürüstlük kurallarına aykırılık açısından denetlenmesi faydasız olacaktır. Zira bu denetim, sözleşmenin esaslı unsurlarına yönelik olmamalıdır. Örneğin düzenleyenin edimi ile karşı tarafın ödediği ivaz üzerinde içerik denetimi yapılmasından kaçınılmalıdır.¹⁷⁷ Çünkü söz konusu unsurlar, sözleşme özgürlüğünün çekirdeğini oluşturmakta olup, bu unsurlarda bir dengesizlik veya aksaklık olduğunda, Türk Borçlar Kanununda yer alan birçok hukuki imkândan ve özellikle “irade bozukluğu” ve “aşırı yararlanma” (gabin) müesseselerinden yararlanılarak sorun giderilebilecektir.¹⁷⁸

Genel işlem koşullarının içerik denetiminde, doktrinde yapılan ikili bir ayırım söz konusudur. İlki, genel işlem koşullarının -tabiidir ki bir sözleşme hükümleri olduğundan- genel hükümler çerçevesinde incelendiği ‘genel bir içerik denetimidir’¹⁷⁹. Bu denetimde TBK m. 27, gereğince genel işlem koşullarının hukuka, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olup olmadıkları araştırılır. Eğer bunlardan herhangi birine aykırılık mevcutsa zaten ‘kesin hükümsüzlük’ devreye girecek ve söz konusu genel işlem koşullarının ayrıca bir denetime tabi tutulmasına gerek kalmayacaktır. İkinci ayırım ise genel işlem koşullarında ‘özel içerik denetimidir’¹⁸⁰ ki TBK m. 25 gereğince yapılır.

Konu bütünlüğü açısından, içerik denetimi esnasında göz önünde bulundurulabilecek genel kıstaslara değindikten sonra, TBK m.25’in lafzından hareketle dürüstlük kuralları açısından derinlemesine bir inceleme yapmak, **EREN**’in tabiriyle özel içerik denetimini incelemek daha faydalı olacaktır.

¹⁷⁷ ÇINAR, Sf. 121.

¹⁷⁸ ÇINAR, Sf. 121.

¹⁷⁹ EREN, Makale, Sf. 293-294.

¹⁸⁰ EREN, Makale, sf. 294 vd.

II. Kavramsal Olarak Dürüstlük Kuralları

Dürüstlük kelimesi terminolojik olarak ‘‘*soru-yanıt ilişkisine dayanan bir bilgi alışveriş sürecinde yanıtlayıcının olanı aktarması, gözlemcinin ise aktarılan bilgiyi yanlılığa düşmeden saptaması*¹⁸¹’’ olarak tanımlanmıştır. Hukuki açıdan dürüstlük kuralı ise, ‘‘*Orta zekâlı, normal, makul kimselerin toplum içerisinde karşılıklı güvene, ahlaka ve dürüstlüğe dayalı davranışları sonucu meydana gelmiş ve toplum ihtiyaçlarıyla iş hayatının gereklerine cevap veren, bu sebeple de herkesçe benimsenen kurallar bütünü*’’¹⁸² olarak tanımlanmaktadır. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında dürüstlük kuralını, ‘‘*Türlü hukuki ilişkileri düzenleyen kurallara, onları tamamlamak, yorumlanmasına katkıda bulunmak için eklenen etik mülâhazalardan çıkarılmış temel bir norm*¹⁸³’’ olarak nitelendirmektedir.

Kanaatimizce yukarıdaki tanımlar da desteklenerek şöyle bir tanım yapılabilir ki dürüstlük kuralları; dürüst, makul, normal ve orta zekâlı kimselerin toplum içerisinde sergiledikleri davranışlarla, temelini karşılıklı güven ve ahlâkın oluşturduğu, herkesçe benimsenen kurallar bütünüdür. Aynı zamanda dürüstlük kuralları, toplum düzeni ve iş hayatının da gereklerine cevap verir niteliktedir.

Bilinmektedir ki dürüstlük kurallarının herhangi bir kanunda düzenlenen bir tanımı yoktur. Bunun dışında hukuk düzeninde de dürüstlük kuralları teker teker sayılmaz. Ancak Türk Medeni Kanunu’nun 2.maddesinde, dürüstlük kurallarına ilişkin temel ve soyut bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, ‘‘(1) Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. (2) Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.’’ Madde metninde, herkese hak ve borçlarında dürüstlük kurallarına uygun hareket etme yükümlülüğü yüklenirken aynı zamanda dürüstlük kurallarının ihlal edilmesi halinde ihlal edenin haklarının da hukuk düzenince korunmayacağı belirtilmiştir. Zira ikinci fıkra bir nevi birinci fıkranın yaptırımıdır.

¹⁸¹ SENCER, Muzaffer; Yöntembilim Terimleri Sözlüğü, sf. 60.

¹⁸² AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/KARAMAN, Derya Ateş; Türk Medeni Hukuku, 1. Cilt, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, İstanbul 2012, sf. 166. DURAL, Mustafa/SARI, Suat; Türk Özel Hukuku Sf. 226. EDİS, Seyfullah; Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği, sf. 449.

¹⁸³ jDT 1 958 I 196. Karar için bkz. EDİS, Doğruluk ve Güven, sf. 452.

TMK m. 2'nin düzenlenme amacının araştırıldığında ise maddede söz edilen dürüstlük kuralına 'güven düşüncesinin' hâkim olduğu görülmektedir.¹⁸⁴ Gerçekten de tarafların dürüstlük kuralı gereği karşılıklı güven ilişkisi içinde taahhüt altına girdiği varsayılır.¹⁸⁵

III. Dürüstlük Kurallının Özellikleri ve İçerik Denetimi

Dürüstlük kuralları, genel bir ilke olarak düzenlenmiştir.¹⁸⁶ Kuralın konuluş amacına bakıldığında, onun kişilerin dışında ve objektif nitelikte olduğu görülür.¹⁸⁷ Bu kural, hukuk normlarının önemli bir tamamlayıcısı ve açıklayıcısı olarak gösterilmektedir.¹⁸⁸ Nitekim dürüstlük kuralı, içerik denetiminin nesnel bir ölçütü olarak genel işlem koşullarına dair düzenlemelerin arasında yerini almıştır.

Dürüstlük kuralı, bir kimsenin haklarını kullanırken ve borçlarının yerine getirirken davranış biçimlerini tespit eder ve bunların sınırlarını belirler.¹⁸⁹ Bunun yanında sözleşmeden doğan temel edimlerin dışında yan edimlerin neler olduğu veya olması gerektiği, dürüstlük kuralına göre belirlenir.¹⁹⁰ Menfaatlerin karşı karşıya geldiği noktada, düzeltici bir etik ilke olarak dürüstlük kuralları devreye girer. Bir hakkın dürüstlük kurallarına uygun kullanımı, hakkın içerdiği menfaatleri koruyacak şekilde amacına uygun kullanımını ifade etmektedir.¹⁹¹ Ancak doktrinde dürüstlük kuralı ile ilgili çeşitli tartışmalar da vardır.

¹⁸⁴ ARSLAN, sf. 6.

¹⁸⁵ EDİS, Seyfullah; Doğruluk ve Güven, sf. 448. Aynı yazar, Medeni Hukuka Giriş Ve Başlangıç Hükümleri, sf. 290.

¹⁸⁶ AKYOL, Şener; Dürüstlük Kuralı Ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, sf. 6.

¹⁸⁷ EDİS, Doğruluk ve Güven, sf. 449. Aynı yazar, Başlangıç, sf. 292. KÖPRÜLÜ, Bülent; Medeni Hukuk, Genel Prensipler-Kişinin Hukuku, sf. 136. VELDET, Hıfzı; Türk Medeni Hukuku, Cilt I, Başlangıç ve Şahsın Hukuku, sf. 20. AKİPEK/AKINTÜRK/KAHRAMAN, sf. 167. ZEVKLİLER, Aydın; Medeni Hukuk, Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, Sf. 56.

¹⁸⁸ EDİS, Başlangıç, sf. 293. ATAAY, Aytekin; Medeni Hukukun Genel Teorisi, sf. 417-418. İNAN, Ali Naim; Medeni Hukuk, sf. 60-61. KURTOĞLU, Serda; Türk Medeni Hukuku Dersleri, sf. 44. ÖZSUNAY, Ergun; Medeni Hukuka Giriş, sf. 312-313. FEYZİOĞLU, Feyni N/DOĞANAY, Ümit/AYBAY, Aydın; Medeni Hukuk Dersleri, Cilt 1, sf. 40. AKİPEK, Jale G/AKINTÜRK, Turgut/KARAMAN, Derya Ateş; Türk Medeni Hukuku, 1. Cilt, sf. 170.

¹⁸⁹ TEKİNAY, sf. 144. AKİPEK/AKINTÜRK/KARAMAN, Sf. 169. ÇINAR Sf. 132. ATAAY, Sf. 417. FEYZİOĞLU/DOĞANAY/AYBAY, sf. 39. VELDET, Sf. 20. KURTOĞLU, Sf. 43.

¹⁹⁰ AKYOL, Dürüstlük, sf. 6. ÖZSUNAY, Sf. 319.

¹⁹¹ ATEŞ, Derya; Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları, TBBD, sayı 72, yıl 2007, sf. 89.

Örneğin bir görüşe göre,¹⁹² dürüstlük kuralı genel işlem koşulları bakımından bağımsız yeni bir sözleşme sınırı olmadığı gibi TBK m. 27/1’de belirtilen diğer ölçütleri de ortadan kaldırmamaktadır.

Doktrindeki diğer bir görüşe göreyse,¹⁹³ hukuka, ahlaka veya kamu düzenine aykırılık halleri içerik denetiminin temeli olarak görülemez. Nitekim içerik denetimi, yürürlük denetiminden geçerek sözleşme içeriği haline gelen bir sözleşme koşulunun yine de hükümsüz sayılabilmesi amacıyla yapılmaktadır.

Yine doktrinde savunulan üçüncü bir görüşe göre,¹⁹⁴ geçerli olarak doğmuş bir hakkın ileri sürülmesi, dürüstlük kuralına aykırı olduğu takdirde, o hakkın kullanılması sadece somut olayda engellenir. Oysa hukuka veya ahlaka aykırı olduğu için geçersiz olan bir kayıt kesin hükümsüz olur. Bu anlamda, dürüstlük kuralı geçerli olarak doğmuş bir hakkın ileri sürülmesini engelleme fonksiyonuna sahiptir.

Kanaatimize göreyse dürüstlük kuralları, bir hakkın özüne ve niteliğine en uygun bir şekilde kullanılmasına hizmet eden tamamlayıcı normlar bütünüdür. Bu kurallar, sözleşmelerin veya onları oluşturan irade beyanlarının yorumlanmasında büyük önem arz ederken aynı zamanda somut olaya uygulanacak hukuk kuralının tespitinde uygulayıcılara da yardımcı olmaktadır.

Dürüstlük kuralı, nitelik itibariyle emredici bir kuraldır.¹⁹⁵ O halde hâkim dürüstlük kuralını re’sen dikkate almak durumundadır.¹⁹⁶ Zira hukuk düzeni içerisindeki emredici kurallar kamu düzenindendir ve taraflarca da aksi kararlaştırılmaz.

Dürüstlük kurallarının bir önemli özelliği de içeriğindeki belirsizlik sebebiyle her zaman somutlaştırılmaya ihtiyaç duyulmasıdır.¹⁹⁷ Yani, dürüstlük kuralı uygulanmadan önce, bu kuralın uygulanacağı meselelerdeki menfaatlerin belirlenmesi gerekir. Bu

¹⁹² **KIRKBEŞOĞLU**, Nagehan; Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Uyarlanmış, İstanbul 2011, Sf. 71.

¹⁹³ **ÇINAR**, Sf. 137-138.

¹⁹⁴ **ATAMER**, Denetleme, Sf. 176-178.

¹⁹⁵ **ZEVKLİLER**, Sf. 56. **ÇINAR**, Sf. 132. **ÖZSUNAY**, Medeni, Sf. 314. **AKKANAT**, Halil; Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının MK m. 2 Hükmü Aracılığı ile Anlaşılması: Örnek Bir Yargıtay Kararı ve Değerlendirilmesi, Cilt II, sf. 1667.

¹⁹⁶ **AKKANAT**, Sf. 1667. **ZEYTİN**, Zafer; Türk Medeni Hukuku, sf. 59.

¹⁹⁷ **ATEŞ**, Sf. 89.

sebepten ötürüdür ki dürüstlük kuralları herhangi bir somut olayda doğrudan doğruya uygulama alanı bulmazlar. Aksine bu kurallar, somut olayın özelliğine ve niteliğine göre somutlaştırılır ve bu duruma göre uygulanırlar.¹⁹⁸

Dürüstlük kuralları, bir sözleşme ilişkisi içerisinde borçlu ile alacaklının hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde, irade beyanlarının ve hukuki işlemlerin yorumunda, tamamlanmasında ve güven ilişkisinin temelinde rol oynar.¹⁹⁹ Bu açıdan bakıldığında dürüstlük kuralları soyut bir nitelik taşımasına rağmen birçok hususun yorumlanarak somutlaştırılmasına yardımcı olan hukuki bir enstrümandır.

TBK m. 25'te genel işlem koşulları içerisinde bahsedilen dürüstlük kuralı, yukarıdaki bahsedilen dürüstlük kurallarından daha farklı bir anlam içermemektedir. O halde, dürüstlük kuralları ile ilgili yapılan açıklamalar, genel işlem koşullarının dürüstlük kuralları bağlamında denetlenmesi bakımından da geçerlidir.

IV. Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetiminde Dürüstlük Kurallarının Uygulanma Alanının Sınırlandırılması

Genel işlem koşullarının içerik yönünden denetlenmesinde dürüstlük kurallarını ölçüt kabul eden TBK m.25, bünyesinde dürüstlük kurallarının sınırına ve nelerin dürüstlük kurallarına aykırı sayılacağına dair bir düzenleme bulundurmamaktadır. Bu yüzden yukarıda da belirtildiği üzere dürüstlük kurallarının çok geniş bir kapsamda ve birbirinden farklı anlamlarda uygulanması sorunu gündeme gelebilmektedir. O halde dürüstlük kurallarının içerik denetiminde uygulanabilir hale gelebilmesi için birtakım kıstaslardan hareket edilmesi faydalı olacaktır.

Gerek iç hukuktaki mevcut düzenlemelerden gerekse ilgili diğer yabancı mevzuat hükümlerinden yola çıkarak bu sınırın çizilmesi mümkündür. Gerçekten de genel işlem koşullarında içerik denetimini düzenleyen BGB §. 307/I-II hangi hallerde genel işlem koşullarını kullananın dürüstlük kurallarına aykırı hareket ettiğini örnekseme yoluyla belirtmiştir. Alman Medeni Kanunu'ndaki genel işlem koşulları ile ilgili bu hükümlerden,

¹⁹⁸ ATEŞ, Sf. 89.

¹⁹⁹ ATEŞ, Sf. 86.

yardımcı kaynak olarak faydalanmak mümkündür. Çünkü Türk Borçlar Kanunu'ndaki genel işlem koşulları düzenlemelerinin de kaynağı Alman Medeni Kanunu'dur. Bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında da kaynak kanununun ve oradaki yargısal uygulamaların da dikkate alınabileceği belirtilmiştir.²⁰⁰ O halde, Alman Medeni Kanunu'nun ilgili maddesine göre,

“(1) Kullananın genel işlem koşullarına dâhil ettiği, dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil edecek nitelikte karşı tarafın mağdur olmasına sebebiyet veren hükümler geçersizdir. Açık ve anlaşılabilir olmayan şartlar da aşırı mağduriyet sonucunu doğurabilir.

(2) Şüphe halinde bir genel işlem şartı,

a) Kanuni düzenlemenin temel düşüncesinden farklılaşmış, bununla uyumuyor ise,

b) Sözleşmenin doğasından kaynaklanan temel hak ve yükümlülükleri, onun amacına ulaşılmasını tehlikeye sokacak derecede sınırılıyorsa; söz konusu hükmün, dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde karşı tarafın mağduriyetine sebebiyet verdiği kabul edilir.”²⁰¹

Bu düzenlemenin dışında, TTK m. 55/1-f'e göre de haksız rekabetten yola çıkan kanun koyucu, dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşullarını ‘özellikle’ belirterek örneklemiştir. Anılan madde,

“f) Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulları kullanmak. Özellikle yanıltıcı şekilde diğer taraf aleyhine;

1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemelerden önemli ölçüde ayrılan veya

²⁰⁰ YİBK, T. 28.11.1945 E. 1945/13 K. 1945/15

²⁰¹ Aktaran; **YELMEN**, Sf. 129.

2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem koşullarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur.’’

Yine bunun dışında, 6502 sayılı *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 5* ve *Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik*²⁰² hükümlerinde de içerik denetimini gerçekleştirirken dürüstlük kuralının sınırlanması hakkında göz önünde bulundurulması gereken düzenlemeler mevcuttur.

§3. İçerik Denetimi ile Geçersiz Kılınabilecek Örnek Genel İşlem Koşulları

Yukarıda belirttiğimiz üzere, hukukumuzdaki genel işlem koşulları düzenlemelerinin kaynağı Alman Medeni Kanunu’dur. TBK’nın aksine bu kanunda, genel işlem koşullarının içerik denetimi ile ilgili ayrıntılı düzenlemeler mevcuttur. Çünkü içerik denetiminde esas alınacak dürüstlük kuralları, somutlaştırılmaya muhtaç normlardır. Kanunun bu normları en azından örnekseme yoluyla belirtmesi, kanun sistematigi ve uygulanma kolaylığı açısından daha isabetli olacaktır. Bu sebeple, BGB’deki içerik denetimi düzenlemelerini teker teker aktarmak ve açıklamak uygulayıcılar için de yol gösterici olacaktır. Söz konusu düzenlemeler BGB 308 ve 309. paragraflarda düzenlenmiştir.

I. İfa Zamanına İlişkin Hükümler

BGB § 308/1-a’da kabul ve ifa zamanına ilişkin bir hükmün, hangi halde geçersiz sayılacağı düzenlenmiştir. Hükme göre, ‘‘*Kullananın, önerinin kabulü veya reddi ya da edimin yerine getirilmesi için, makul olmayan derecede uzun veya belirsiz olarak öngördüğü süreler geçersizdir.* § 308/1-b’ye göre ise, ‘‘*Yine teslim edilenin muayenesi veya karşı edimin ifası için 15 günden fazla olmak üzere kararlaştırılan belirsiz süre şartı geçersizdir.*’’ Bununla birlikte, §. 355/1-3 ile §.356 hükümlerine göre dönme ve geri verme süresi geçtikten sonra konulan şartlar ise icra edilebilir.²⁰³’ Dolayısıyla icabın kabulü,

²⁰² Resmi Gazete, Tarih 13.06.2003, Sayı 25137.

²⁰³ Aktaran, **YELMEN**, Sf. 133.

reddi ya da ifa zamanına ilişkin hükümler ancak makul düzeyde ve belirli olması halinde geçerli sayılabilir. Burada anılan makul düzey ve belirlilik kavramları ise he somut olayın özelliğine göre tayin edilecektir.

Kullanan, karşı tarafa sunduğu sözleşmede önerinin kabulü veya reddi için uzun bir süre öngörmüşse karşı taraf kabul iradesini göndermediği müddetçe sözleşme de kurulmuş sayılmayacağından söz konusu sözleşmenin içerik yönünden denetlenmesi de mümkün olmayacaktır. Karşı taraf, aradan uzun süre geçmesine karşın öneriyi kabul etmesi halinde ise o haldeki şartlarla sözleşme gereğini yerine getirememe riskini taşıyabilir. Bu itibarla, önerinin kabulü veya reddine ilişkin sürelerin BGB §. 308/1’de içerik denetimi kapsamında düzenlenmesi, kanun sistematigi açısından isabetli olmamıştır.

Nitekim taraflar, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü çerçevesinde ifa zamanını ortakça tayin edebilecekleri gibi bu konuda taraflardan sadece birine de bu yetkiyi verebilirler. Zira konuyla ilgili olarak Yargıtay da bir kararında, “*Sözleşmenin tarafları alacağın muaccel olacağı tarihi ile birlikte tespit ve tayin edebilecekleri gibi bunu taraflardan yalnız birinin tayin edebileceğini veya bir taliki şartın gerçekleşmesine bağlı olabileceği konusunda da anlaşabilirler. Bu anlaşma hukuken geçerlidir ve tarafları bağlar.*²⁰⁴” O halde, ifa zamanının, makul bir düzeyde ve belirli bir zaman dilimini işaret ederek tespit edilmesi gerekir. Ancak sözleşmede ifa zamanının belirlenmemesi durumunda, TBK m. 90 uyarınca her borç doğumu anında muaccel olacaktır. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında,²⁰⁵ ifanın, borç ilişkisinin kurulması anından itibaren muaccel olacağını ve taraflarca herhangi bir ifa zamanı kararlaştırılmadığı hallerde de ifanın hemen talep edilebilir olduğunu belirtmiştir.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, genel işlem koşulları içeren sözleşmedeki ifa zamanı, makul olmayan bir zaman dilimi içerisinde belirlenmişse, somut olayın özellikleri ve taraflar arasındaki ilişkinin niteliğine göre bu sürenin içerik denetimi çerçevesinde geçersizliğine hükmedilebilecektir.

BGB 308/2.paragrafında ise ek süreye ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, “*Kullananın, kanuni hükümlerden farklı bir şekilde, makul olmayan derecede uzun*

²⁰⁴ Yargıtay 13. HD. T. 03.06.1996, E. 1996/5474, K. 1996/5474. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

²⁰⁵ YHGK, T. 05.03.2003, E. 2003/9-80, K. 2003/130 (KBİBB).

veya belirsiz olarak öngördüğü süreler geçersizdir.²⁰⁶” Burada da birinci fıkradaki düzenlemeye paralel olarak genel işlem koşullarında yer alan, makul seviye ve belirlilik kriterlerine uymayan hükümler geçerli değildir.

Sonuç olarak, genel işlem koşullarında bulunan ifa zamanına dair hükümler belirsiz olmamalıdır. Konuyla ilgili olarak her ne kadar TBK’da özel bir düzenleme bulunmasa bile genel hükümler çerçevesinde kaynak kanun da dikkate alarak bu şekilde bir yorum yapılabilir ve genel işlem koşullarının içerik denetimine işlerlik kazandırılabilir.

II. Sözleşmeden Dönme İlişkin Hükümler

BGB, §. 308/3’te, “Sözleşmede belirlenmemiş ve objektif olarak haklı olmayan bir sebeple, kullanana yükümlülüğünü ortadan kaldırma hakkı veren hükümler geçersizdir. Bu hüküm sürekli borç ilişkilerine uygulanmaz.²⁰⁷” şeklinde bir düzenleme mevcuttur. Yani Alman kanun koyucusu, genel işlem koşullarını kullananın sözleşmeden dönme hakkını kullandığında onun yükümlülüklerini, sözleşmede hüküm olmadan ve objektif bir sebep olmaksızın kaldıran kayıtların geçersiz olduğunu hükme bağlamıştır. Genel işlem koşullarını kullananın dönme hakkını kullanabilmesinin şartı, bu dönme hakkının sözleşmede açıkça belirtilmiş olması ve dönme hakkının kullanılmasının objektif olarak haklı bir sebebe dayanmasıdır. Bu koşullarının her ikisinin de aynı anda kullanan tarafından oluşması gereklidir. Gerçekten de dönme hakkına ilişkin belirlenen sebeplerin objektif olarak makul olması gerekir.

Dönme hakkı için öngörülen bir sebep, sözleşmede önem arz eden bir ihlal teşkil etmiyorsa objektif olarak makul sayılmamalıdır. Bu gibi durumlarda, kullananın genel işlem koşullarına koyduğu, objektif olarak makul bir sebep niteliği taşımayan dönme hakkını içeren hükümler geçersizdir. Yargıtay bu durumu bir kararında şöyle incelemiştir: “Davacının davalıya yaptığı ödeme, geçerli bir şekilde kurulan demir alım satım sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Bu olayda olduğu gibi, geçerli bir borcun ifası sebepsiz zenginleştirme oluşturmaz. Bunun sonucu olarak, davalı borçlu temerrüde

²⁰⁶ Aktaran, **YELMEN** Sf. 136.

²⁰⁷ Aktaran, **YELMEN**, Sf. 136.

*düşmez. Dolayısıyla davacının sözleşmeden dönmesi haklı sebebe dayanmaz.*²⁰⁸» Gerçekten de sözleşmeden dönmenin, haklı bir sebebe dayanması gerektiği; geçerli biçimde kurulan bir sözleşmeye dayanarak ifa edilen borcun temerrüdü engelleyeceği ve sözleşmeden dönmek için artık haklı bir sebep bulunmadığı belirtilmiştir.

Yukarıda yapılan açıklamalar neticesinde, sözleşmeden dönme hakkının haklı bir sebebe dayanması sözleşmenin haklı feshi için tek başına yeterli değildir. Bunun yanında ayrıca bu hakkın makul bir süre içerisinde kullanılması gereklidir. Nitekim Yargıtay da bir kararında: “...sözleşmeden dönme hakkının makul süre içerisinde kullanılması zorunludur. Aksi halin kabulü MK 2.maddede sözü edilen hakkın kötüye kullanılması halini oluşturur.” diyerek sözleşmeyi feshetme hakkını her ne kadar haklı bir sebebe dayanırsa dayansın, bu hakkın da TMK m. 2 çerçevesinde kullanılması gerektiğini vurgulamıştır.

III. Kullanana Sözleşmeyi Tek Taraflı Değiştirme Hakkı Veren Hükümler

BGB §. 308/4’e göre, “*Kullanana, vaat ettiği edimi değiştirme veya saptırma hakkı veren hükümler, kendi menfaati dikkate alındığında karşı taraf için makul ölçüde değilse geçersizdir. Yine aynı maddenin 7-a bendine göre ise: “Sözleşmeden dönen veya sözleşmeyi feshedenin ölçülemez yükseklikte bir kullanma bedeli ödeyeceğine ilişkin genel işlem koşulları da geçersizdir”*”²⁰⁹

Konuyla ilgili olarak TBK’da özel bir düzenleme bulunmasa da TBK’nın yürürlüğe girmesinden önce Yargıtay, yukarıdaki hükme paralel kararlar vermiştir. Örneğin, “*Kredi sözleşmelerinde faiz oranlarının artırılmasının bankanın tek taraflı iradesine bırakılmasına dair hükümler hukuken geçerli ise de bu yetkinin bankaca MK 2.maddesindeki iyi niyet kurallarına uygun şekilde kullanması gerekir.*”²¹⁰” ifadelerine yer vermiştir. O halde Yargıtay’ın konuya yaklaşımı, genel işlem koşullarında sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirme yetkisinin geçerli olduğu ancak bu yetkinin dürüstlük kuralının müsaade ettiği ölçüde kullanılması gerektiğidir.

²⁰⁸ Yargıtay 19. HD. T. 16.06.2011 E. 2010/14811 K. 2011/8118 (KBİBB).

²⁰⁹ Aktaran, **YELMEN**, Sf. 138.

²¹⁰ Yargıtay 19. H.D, T. 23.10.1997, E. 1997/5982, K. 1997/9028 (Karar metni için bkz. **KOCAMAN**, Sf. 1111).

Yukarıdaki içtihatlar bir kenara bırakılırsa, artık 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte 24.maddede genel işlem koşullarında kullanana tek taraflı değiştirme yetkisi veren ve karşı taraf aleyhine sonuç doğuran hükümlerin yazılmamış sayılacağı hükme bağlanmıştır. Söz konusu hükümde, karşı taraf aleyhine olan bir düzenlemenin, kendisi için makul bir düzeyde olup olmadığı ayrımı gözetilmemiştir. O halde, genel işlem koşullarını kullanan tarafın, tek taraflı olarak, makul olsun ya da olmasın, karşı taraf aleyhine bir hükmü değiştirmesi ya da yeni bir hüküm getirmesi kabul edilemez. Hâlbuki sözleşmenin amacı doğrultusunda, hakkı kullananın değişiklikteki menfaati ile karşı tarafın menfaatinin tartılması yoluyla tarafların menfaatlerinin değerlendirilmesi hususları, değişikliğin makul ölçüde olmasına imkân tanıyabilmelidir. Mesela alınan mobilyanın ticari geleneklere uygun olarak yapımına ilişkin değişiklik yapma hakkı veren şartlar makul olarak nitelenerek geçerli kabul edilebilirken; kullanan tarafın da uçuş noktalarının, taşıt tamirinin muhtevasının ya da TV paketlerinin değiştirilebileceğine ilişkin şartları makul olarak kabul etmek mümkün değildir.²¹¹ O halde hangi durumların makul olup olmayacağı, dürüstlük kuralları çerçevesinde her somut olay için ayrı ayrı tespit edilmelidir.

Genel işlem koşullarını kullanan tarafın, tüketici kredilerinde de tek taraflı değiştirme imkânını ortadan kaldıran TKHK m. 10/1'de de tüketici aleyhine değiştirme niteliğinin makul seviyede olup olmadığının hiçbir önemi yoktur. Tüketicinin korunması ihtiyacı ve amacı bir yana bırakılırsa, bu hüküm de tüketicinin her zaman haklı olabileceği gibi bir sonucu doğurduğundan, sakıncalı bir düzenlemedir.

Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m. 25'te de sözleşme koşullarındaki değişiklik hususunda, karşı tarafın kabul iradesinin gerektiğini ifade eden bir düzenleme mevcuttur. Buna göre, sözleşmede yapılan değişikliklerin kart hamiline bildirilmesi gerekmektedir. Kart hamili, söz konusu değişikliklerle kartını kullanmaya devam edip etmeme konusunda serbesttir. Bu durumda kart hamili kartını iptal ettirmek ve sözleşmeyi feshetmek imkânına sahiptir.

TBK m. 24'te, karşı taraf aleyhine değişiklik yapma yetkisi veren şartlar bakımından öngörülen yaptırım türü, tarafımızca isabetsiz bulunmasına karşın,

²¹¹ JAUERNIG/SRADLER, §. 308 Rn 6, Aktaran YELMEN, Sf. 140.

‘yazılmamış sayılma’dır. Yazılmamış sayılma yaptırımı, genel işlem koşullarının yürürlük denetiminde gündeme gelen ve söz konusu şartların sözleşmenin içeriğine dâhil olup olmadığını tespit ederken kullanılan bir yaptırımdır. Ancak, TBK m. 24’te yer alan ve düzenleyene tek taraflı değiştirme yasağı koyan hüküm yürürlük denetimi değil içerik denetiminin konusunda incelenmektedir. İçerik denetiminin yaptırımı ise TBK m. 27 gereğince hükümsüzlüktür. O halde kanunkoyucu, içerik denetimi kapsamında değerlendirilmesi gereken bir hususu yürürlük denetimine has bir yaptırım türü ile birleştirip doğru olmayan bir yaklaşım sergilemiştir.

Yukarıda ele alınan mevzuat hükümleri ve yapılan açıklamalar neticesinde, genel işlem koşullarını kullanan taraf, eğer sözleşme şartlarında bir değişiklik yapmak isterse bunu karşı tarafın onayına sunmak zorundadır. Karşı taraf aleyhine olup da karşı tarafın kabulünü içermeyen değişiklikler ise geçersizdir. Ancak kullanan, karşı taraf lehine bir değişiklik yapmak isterse bunun için karşı tarafın kabulüne gerek duymayacaktır.

IV. Varsayıma Dayanan (Farazî) Beyanlar

BGB §. 308/5 hükmüne göre, “*Kullananın, karşı tarafın herhangi bir davranışta bulunup bulunmamasını, belirli bir bildirim olarak varsayıp varsaymayacağına ilişkin hükümler, a) Karşı tarafa, açık bir irade beyanında bulunması için makul bir süre tanınmadığı takdirde ve b) Kullanan, sözleşmenin başlangıcında, öngörülen davranışın ne anlama geleceğini özellikle belirtmekle yükümlü değilse, geçersizdir.*²¹²” Hükümde de açıkça ifade edildiği üzere, karşı tarafın herhangi bir davranışta bulunup bulunmaması, kural olarak belirli bir sonuca bağlanamaz. Ancak karşı tarafa açık bir irade beyanında bulunması için makul bir süre tanınmışsa veya kullanan, sözleşmenin başlangıcında, öngörülen davranışın ne anlama geleceğini özellikle belirtmekte yükümlü değilse; karşı tarafın herhangi bir davranışta bulunup bulunmaması, belirli bir bildirim olarak kabul edilebilir. Zira yukarıda yürürlük denetimini incelerken ‘zımni kabul’²¹³ hakkında yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir.

²¹² JAUERNIG/SRADLER, §. 308 Rn 7, Aktaran, YELMEN, Sf. 140.

²¹³ Bkz. sf. 38 vd.

Hukukumuzda, TSHŞHY, ek-9. bentte de yukarıda açıklanan duruma benzer bir düzenleme mevcuttur. Buna göre, “*Tüketicinin, sözleşmenin kurulmasında önce fiilen bilgi sahibi olamayacağı sözleşme şartlarını, aksi ispat edilemeyecek şekilde kabul ettiğini gösteren şartlar, haksız şarttır.*” burada da varsayıma dayanan bir kabul beyanı içeren hükümlerin, haksız şart olarak kabul edildiği belirtilmiştir.

V. İfadan Kaçınmaya İlişkin Hükümler

BGB§. 309/2’ye göre, “*a) Karşı tarafın sahip olduğu ifadan kaçınma hakkını ortadan kaldıran veya sınırlayan ya da b) Karşı tarafın aynı sözleşmeden doğan hapis hakkını ortadan kaldırmaya veya sınırlamaya, özellikle bu hakkı kullananın ayıbı kabul etmesi şartına tabi tutan hükümler, geçersizdir.*”²¹⁴ O halde karşı tarafın, sözleşmenin ihlali durumunda ifadan kaçınma hakkını ortadan kaldıran veya sınırlayan hükümler geçerli değildir. Bunun yanında karşı tarafın aynı sözleşmeden doğan hapis hakkını ortadan kaldıran veya sınırlamayı amaçlayan, özellikle bu hakkı kullananın ayıbı kabul etmesi şartına tabi tutan genel işlem koşulları da geçerli değildir.

VI. Ceza Koşuluna İlişkin Hükümler

BGB §. 309/6’ya göre, “*Karşı tarafın sözleşmeye konu edimi kabul etmemesi veya geç kabul etmesi ya da borcunu yerine getirmede temerrüde düşmesi veya sözleşmeden dönmesi halinde, genel işlem koşullarını kullanan tarafa cezai koşul ödenme sözünü ortadan kaldıran ilişkin hükümler geçersizdir.*”²¹⁵ Hükümden de anlaşılacağı üzere, karşı tarafın sözleşmeye konu edimi kabul etmemesi, geç kabul etmesi, temerrüde düşmesi ya da sözleşmeden dönmesi durumlarında kullanan tarafın karşı tarafa ceza koşulu ödemesi yükümlülüğünü reddeden genel işlem koşulları geçersiz kılınmıştır. Bu hüküm bireysel sözleşmelerde uygulanmayacak yani taraflar bireysel sözleşmelerde sözleşme özgürlüğü içerisinde ceza koşulu belirleyebileceklerdir. Çünkü yukarıdaki düzenleme genel işlem koşullarını konu aldığından bireysel sözleşmelerde uygulama alanı bulmayacaktır. Ancak kanımızca kanunun ters kavramından hareketle, genel işlem koşullarıyla karşı taraf lehine

²¹⁴ Aktaran, **YELMEN**, Sf. 143.

²¹⁵ Aktaran, **YELMEN**, Sf. 147.

ceza koşulu kararlaştırılabilecektir. Çünkü söz konusu düzenleme sadece kullanan tarafın lehine olabilecek uygulamaları önlemek amacıyla kaleme alınmıştır.

Türk hukukunda TBK 180- 182.maddelere göre taraflar, sözleşme ile ceza koşulu kararlaştırabilirler. Nitekim bu koşul, borcun ifası ya da cezanın istenebileceği şeklinde kararlaştırılabileceği gibi, hem ceza bedelinin hem de borcun ifası şeklinde de kararlaştırılabilir. Bunlardan ilki seçimlik cezai şart, ikincisi ise ifaya eklenen cezai şart olarak anılmaktadır. Örneğin istisna ve özellikle inşaat sözleşmelerinde de taraflar, müteahhidin eseri teslim borcunun temerrüdünde ifaya eklenen ceza koşulu şeklinde de kararlaştırabilirler.²¹⁶

Türk hukukunda ceza koşulunun genel işlem koşulları içinde yer alması halinde bunun TBK m. 20 uyarınca denetlenebilir olup olmadığı tartışmalıdır. Nitekim doktrinde bir görüş²¹⁷, ceza koşulu içeren şartların her zaman haksız bir genel işlem şartı olduğunu hemen kabul etmenin doğru olmadığını, somut sözleşme ilişkisinin göz önünde tutularak hâkime değerlendirme imkânı sağlanması gerektiğini belirtmektedir. Ancak kanaatimizce, karşı tarafın aleyhine olmadığı sürece genel işlem koşullarına koyulan ceza koşulu geçerlidir. Zira bu fikir, genel işlem koşullarına dair TBK’da yer alan düzenlemelerin lafzına ve amacına da son derece uygun gözükmektedir.

TSHŞHY ek-4. Bente, sözleşmenin kurulmasından veya ifa edilmesinden vazgeçilmesi durumunda tüketicinin ödediği bedelin muhafaza edileceğini içeren hükümlerin, aynı şekilde karşı tarafı da kapsamaması halinde haksız şart teşkil edeceği düzenlenmiştir. Aynı şekilde TSHŞHY ek-5.bente de yükümlülüklerini yerine getirmeyen tüketicii, ölçüsüz derecede yüksek bir tazminatla mükellef kılan şartlar da haksız şart olarak kabul edilmiştir. Bu durumda da tazminat miktarının ölçüsüz olup olmadığının tespiti, somut olay ve taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin niteliği dikkate alınarak gerçekleştirilecektir.

²¹⁶ **OZANOĞLU**, Hasan Seçkin; İstisna Ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları, GÜHFD, Haziran-Aralık 1999, Cilt 3, Sayı 1-2, sf. 60, 61.

²¹⁷ **DEMİR**, Mehmet; Cezai Şart Kaydına Genel İşlem Koşulları Arasında Yer Verilmesi Sorunu, Sf. 446.

VII. Sorumsuzluk Şartları

BGB §.309/7’de ayrıntılı olarak yer verilen; hayat, vücut ve sağlıkla ilgili zararlardan doğan sorumluluğun genel işlem koşulları ile sorumluluk dışında tutulması ve yine BGB §. 309/8’de borca aykırılıktan doğan sair sorumluluğun kaldırılmasına ilişkin genel işlem koşulları içerisindeki hükümlerin geçersizliğine dair düzenlemelere karşın konuyla ilgili olarak TBK’da özel bir düzenleme bulunmamaktadır.

Ancak TSHŞHY ek-1.bentte tüketici olmayan tarafın davranışlarından ötürü tüketicinin hayatını kaybetmesi veya maddi zarara uğraması hallerinde tüketici olmayanın bu durumdan sorumlu olmayacağına dair koyduğu şartlar haksız şart sayılmıştır. Ayrıca aynı yönetmeliğin ek-2.bendinde de tüketici olmayan tarafın, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden birisini kısmen ya da tamamen ifa etmemesi ya da ayıplı ifa etmesi halinde tüketicinin haklarını ortadan kaldıran veya sınırlayan hükümlerin de haksız şart olarak değerlendirileceği belirtilmiştir.

VIII. Sürekli Borç İlişkilerinin Yürürlük Süresine İlişkin Hükümler

BGB §. 309/9’a göre, *“Kullananın sürekli nitelikte ifa etmesi gereken bir malın teslimi veya bir hizmetin yerine getirilmesi ya da eser meydana getirilmesini konu alan sözleşmelerde, a) Karşı tarafı iki yıldan fazla süreyle sözleşmeye bağlı tutan, b) Karşı tarafı, her defasında zımnî yenileme ile sözleşme ilişkisine bağlayan, c) Karşı tarafın fesih ihbarında bulunmasını, başlangıçta kararlaştırılan veya zımnî olarak yenilenen sözleşme süresinin bitiminden üç ay daha fazla bir süre öncesi olarak belirleyen hükümler geçersizdir. (2) Bu hüküm, birbirine bağlı olarak satılan şeylerin teslimine ilişkin sözleşmelerde, sigorta sözleşmelerinde, fikri hak sahibi ile yeniden değerlendirme tüzel kişilikleri arasındaki fikri hakları koruma kanunu kapsamındaki sözleşmelerde uygulanmaz.”*²¹⁸

Maddede genel işlem koşullarını kullanan tarafın sürekli borç ilişkisi niteliğindeki sözleşmelerde, sözleşmenin uzatılmasına dair bazı hükümler geçersiz sayılmıştır.

²¹⁸ Aktaran, **YELMEN**, Sf. 150.

TBK’da konuyla ilgili olarak özel bir düzenleme yer almamakla birlikte TSHŞHY ek-8.bentte de sürekli nitelikte bir sözleşmenin kendiliğinden uzatılmış sayılacağını öngören ya da tüketicinin sözleşmeyi uzatmama yönündeki beyanını göndermesini, sözleşmenin sona ereceği tarihten aşırı derecede uzak bir tarih olarak saptayan hükümlerin haksız şart olarak kabul edileceği belirtilmiştir.

IX. Sözleşmedeki Kullanan Tarafın Değişebileceğine İlişkin Hükümler

BGB §. 309/10’a göre, “*Satım, hizmet veya eser sözleşmelerinde, sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükleri kullananın yerine bir üçüncü kişinin üstleneceği veya üstlenebileceğini öngören kayıtlar, a) Üçüncü kişi isim olarak belirtilmemişse veya b) Karşı tarafa sözleşmeden dönme hakkı tanınmamışsa, geçersizdir.*”²¹⁹Hükmün uygulanma alanı, satım, hizmet ve eser sözleşmeleri ile sınırlandırılmış olsa dahi uygulamada kullanan tarafın en çok değiştiği sözleşme tipleri bunlardır. Çünkü hizmet ve eser sözleşmeleri uzun süreli edimler ihtiva edebilirken satım sözleşmesi ise günlük hayatta en çok karşılaşılan sözleşme niteliğindedir.

Konuyla ilgili olarak TBK’da özel bir düzenleme bulunmamasına karşın TSHŞHY ek-16.bentte de bu düzenlemeye paralel olarak, tüketici olmayan tarafın sözleşme ilişkisini devretme hakkını tüketicinin onayıyla kullanabileceği belirtilmiştir. O halde tüketici sözleşmelerinde kullanılan genel işlem koşullarında, kullanan tarafın, tüketicinin onayını aramaksızın değişebileceğine dair hükümler haksız şart sayılır.

X. İspat Yüküne İlişkin Hükümler

BGB §. 309/12’ye göre, “*Kullananın ispat yükünü karşı taraf aleyhine değiştirdiği, özellikle a) Kendi sorumluluğunda olan ispat yükünü karşı tarafa yüklediği, b) Karşı tarafa bazı meseleleri teyit ettirdiği hükümler geçersizdir. Hükmün (b) bendi, normal olarak veya elektronik yolla imzalanan alındı belgelerinde öngörülen hükümler için uygulanmaz.*”²²⁰

²¹⁹ Aktaran, **YELMEN**, Sf. 151.

²²⁰ Aktaran, **YELMEN**, Sf. 152.

Görüldüğü üzere, genel işlem koşullarını kullananın, bu şartların içerisine koyduğu ve ispat yükünü karşı taraf aleyhine yer değiştirdiği hükümler geçersizdir. Bu itibarla kullanan, kanuni hükümler veya yargı içtihatlarıyla belirlenen ispat külfetini karşı taraf aleyhine değiştiremez. Madde metninde ‘özellikle’ diye belirtilerek aslında bu sınırlamaların tahdidi olmadığı ve ispat yükünün yer değiştirmesine dair şartların geniş yorumlama sonucu maddeye dâhil edilebileceği öngörülmüştür. Ayrıca hükümde yer alan ibare, karşı tarafı koruyucu nitelikte kaleme alınmıştır. O halde ispat yükünü değiştirmeye dair karşı taraf lehine olan hükümler geçerlidir.

TSHŞHY ek-17.bentte de tüketicinin gösterebileceği delilleri ölçüsüz derecede sınırlayan hükümlerin ve tüketici olmayan tarafa ait olan ispat külfetini tüketiciye yükleyen hükümlerin haksız şart sayılacağı belirtilmiştir. Bunun dışında, kullanan ile karşı taraf arasında çıkacak uyuşmazlıklarda, kullananın bünyesinde yer alan belgelerin delil olacağını ve bunlara itiraz edilemeyeceğini içeren hükümler de TBK m. 26-27 gereğince hükümsüzdür.

XI. Alacak Zamanaşımını Değiştiren Hükümler

Alacak zamanaşımını değiştirme hususunda, TBK m. 146 vd. hükümleri yeterli derecede düzenleme getirmektedir. Söz konusu hükümlerde, zamanaşımı ile ilgili beş ve on yıllık süreler öngörülmüştür. Bu süreleri düzenleyen hükümler emredici hukuk normu niteliğinde olduğundan, herhangi bir sözleşme ile bu sürelerin aksi kararlaştırılamaz. O halde genel işlem koşullarındaki, kanunda belirtilen süreleri değiştirmeye yönelik koşullar hükümsüzdür. Bu koşulların yerine yine kanunda belirtilen genel ya da özel zamanaşımı süreleri uygulanacaktır.

TBK m. 160’ın açık hükmü gereğince zamanaşımından önceden feragat edilemeyeceğinden; kullananın alacakları bakımından zamanaşımının önceden işleyeceğine dair genel işlem koşulları da hükümsüzdür.

§4. İçerik Denetiminin Hüküm ve Sonuçları

Genel işlem koşullarının içerik bakımından denetlenmesi hakkındaki mevcut kanuni düzenleme, TBK m. 25'tir. Buna göre, genel işlem koşullarındaki dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı taraf aleyhine konulan hükümler içerik denetimine takılacaktır. Ancak kanun, BGB'den farklı olarak dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı hükümlerin akıbetinin ne olacağını düzenlememiştir. Ancak madde gerekçesinde, TBK m.27'de düzenlenen 'kesin hükümsüzlüğe' atıf yapmaktadır. Eş deyişle, içerik denetiminden geçemeyen genel işlem koşulları kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olurken bu koşulların dışında kalanlar, hükümsüz sayılan koşullar olmadan sözleşmenin yapılamayacağı açıkça anlaşılmadıkça geçerliliğini koruyacaktır.

Fikrimizce, içerik denetiminden geçemeyen şartların hukuki durumu, TBK m.25'te düzenlenmeyip gerekçede düzenlenmesi bakımından isabetli değildir. Madde gerekçesinde bulunan açıklamaların bağlayıcı olmadığı göz önünde bulundurulduğunda, maddenin lafzına yansımayan yönlendirmeler kesin bir uygulama alanı bulamayacaktır. O halde madde gerekçesinden çıkan anlamın, yapılacak bir kanun değişikliği ile madde metnine de sirayet etmesi, bu konuda bir çözüm önerisi olarak değerlendirilebilir.

Sonuç olarak genel işlem koşullarında bulunan, dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı veya onun aleyhine olan hükümlerin yaptırımı, kural olarak kısmî kesin hükümsüzlüktür. Nitekim tüketici sözleşmelerinde haksız şart olarak nitelendirilen hükümlere uygulanacak olan yaptırım da kesin hükümsüzlük olarak düzenlenmiştir. Gerçekten de TKHK m. 5/2'ye göre, "*Tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür.*" ifadesi yer almaktadır. Ancak, hükümsüz sayılan şartlar olmaksızın sözleşmenin yapılamayacağı ortaya çıkarsa, sözleşme tamamen de hükümsüz kalabilir. Söz konusu değerlendirmeyi yapacak olan hâkim, somut olayın özelliklerini ve adil bir sonuca varmak için gereken menfaat dengelerini göz önünde bulunduracaktır.

Genel işlem koşullarını düzenleyen hükümler, geniş toplum kesimlerini koruma amacı güttükleri için bu hükümler, değiştirilemeyen ve aksi kararlaştırılamayan emredici

hükümlerdir.²²¹ Emredici hükümlere uygulanan yaptırımın da TBK 27/1 gereğince kesin hükümsüzlük olduğu dikkate alınır, yukarıda saptadığımız sonuç da desteklenecektir. Doktrinde²²² hâkim olan görüş de içerik denetimi sonucu bu denetimden geçemeyen hükümler açısından kısmî kesin hükümsüzlük yaptırımının gündeme gelmesi yönündedir. Kesin hükümsüzlükten amaç, butlandır.²²³

Kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olan şartlar, artık taraflar arasında uygulanamazlar. Bunun yerine oluşan boşluk, somut durumun gerektirdiği ölçüde, emredici veya düzenleyici kanun hükümleri ışığında sözleşmenin tamamlanmasıyla kapatılmaya çalışılır. Somut olaya uygulanacak bir kanun hükmü bulunmadığı takdirde ise hâkim, TMK m. 1 uyarınca hukuk normu üreterek çözüme ulaşmaya çalışacaktır.

²²¹ **EREN**, Makale, sf. 304.

²²² **HAVUTÇU**, Ayşe; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İzmir Barosu Dergisi, 2011, sf. 29 vd. **ATAMER**, Karşılaştırma, sf. 61 vd. **KARADAĞ**, Özgür; Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, sf. 66, **EREN**, Makale, sf. 304.

²²³ **EREN**, Borçlar, sf. 333-334.

BÖLÜM V.

GENEL İŞLEM KOŞULLARININ İDARİ DENETİMİ

§1. Genel Olarak

Genel işlem koşullarının yer aldığı sözleşmelerde, kanun koyucunun öngördüğü düzenleyici kuralların kullanan tarafından genel işlem koşulları aracılığı ile sürekli devre dışı bırakılması, taraflar arasındaki menfaat dengesinin tüketici aleyhine bozulmasına neden olmaktadır.²²⁴ Düzenleyici kuralların esas amacı, tarafların herhangi bir anlaşma sağlamadığı ya da aksini kararlaştırmadığı durumlarda söz konusu sözleşmenin ikincil (tali, yan) noktalarını düzenlemektir. Zira bu düzenlemeler, taraflar arasındaki menfaat dengelerini de göz önüne alırlar. Ancak daha güçlü bir konumdaki kullanan tarafın tek yanlı çıkarlarını koruyan genel işlem koşullarında, taraf menfaatlerinin adil bir şekilde değerlendirildiğini ve sözleşme adaletinin sağlandığını ileri sürmek güçtür. Çünkü genel işlem koşulları, karşı tarafın sözleşme yapma ve sözleşmenin içeriğini serbestçe belirleme özgürlüğünü ortadan kaldırmaktadır.²²⁵

Kullanan, genel işlem koşullarını tek taraflı olarak önceden herhangi bir psikolojik baskı altında olmadan bütün olası durumları ve çıkarlarını düşünerek hazırlamakta; aleyhine hükümler içeren düzenleyici kuralların içeriğini kendi lehine değiştirmektedir.²²⁶ Bu durum ise yukarıda açıkladığımız düzenleyici kuralların amacıyla örtüşmeyip taraflar arasındaki dengeleri makul olmayan şekillerde sarsmaktadır.

Genel işlem koşullarını düzenleyen hükümlerin amacı da sözleşmenin zayıf tarafında bulunan karşı tarafın menfaatlerini hakkaniyete aykırı bir şekilde ihlal eden

²²⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Sf. 160.

²²⁵ AKMAN, Giş, sf. 15. ULUSAN, İlhan; Genel işlem koşullarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi, <http://www.iku.edu.tr/TR/userfiles/huk/71.pdf> (erişim t. 28.04.2017) (27-47) sf. 29. AÇIKGÖZ, Osman; Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, 1. Baskı, İstanbul 2013, sf. 219.

²²⁶ HAVUTÇU, Ayşe; Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, sf. 35. AKMAN, G. Sermet; Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976, sf. 93. Aynı yazar; Genel İşlem şartları, Yargı Dergisi, Mart 1979, sayı 35, sf. 13. BAHTİYAR, Mehmet; Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması, YD, sayı 1-2, yıl 1996, sf. 83.

koşulların geçersiz sayılmasıdır. Bu bağlamda idari denetim, genel işlem koşulları arz eden sözleşme hükümlerinin, önceden ilgili idari makam tarafından denetlenerek, sakınca meydana getirecek sözleşme kayıtlarının genel işlem koşulları arasından çıkartılmasıdır.²²⁷ Ancak hemen belirtmelidir ki genel işlem koşullarının idari yönden denetimi *istisnai* bir denetimdir. Yani tüm genel işlem koşullarının bu yönden denetlenmesini öngören herhangi bir genel hüküm bulunmamaktadır. O halde idari denetim yolu, ancak ve ancak özel kanunlarla ve belli alanlarda yapılan sözleşmeler bakımından geçerlidir.

İdari denetimin amacı, genel işlem koşullarının hazırlanmalarından sonra fakat sözleşmeye konulmalarından önce idari makamın denetiminden geçmesidir.²²⁸ O halde idari denetim, nitelik itibarıyla bir önleyici denetimdir. Sözleşmenin karşı tarafı, söz konusu sakıncalı hükümleri daha görmeden bu hükümler belirli idari makamlar tarafından bertaraf edilmektedir. Böylece idari makamın onayından sonra söz konusu koşullar ancak kullanılabilir.²²⁹

İdari denetim sonucunda, resmi makamlar tarafından incelenip onaylanan sözleşme hükümleri, bundan sonra imzalanacak sözleşmelerde kullanılabilecek iken; onaylanmayan hükümler ise bu sözleşmelerde kullanılamayacaktır. Bu sebeple idari denetim esasen sözleşmenin karşı tarafını korumaya hizmet etmektedir.

Ön denetim sonrası, bu denetimi gerçekleştiren idari makam, karşı taraf aleyhine olabilecek bazı aşırı ve haksız şartları belirleyerek kullananın söz konusu şartları düzeltmesini ya da tümüyle kullanmamasını talep edebilmekte ve bu talebe uymayan kullanan, idari makamlarca genel işlem koşullarının o haliyle kullanılmasının yasaklanabileceği gibi idari para cezası da kesilebilmektedir.

²²⁷ **KARADAĞ**, Özgür; Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Şartları Ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, sf. 44.

²²⁸ **AÇIKGÖZ**, Sf. 225.

²²⁹ **AKİPEK**, Şebnem; Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara 1999, Sf. 232. **KARTAL**, Doğan; Genel İşlem Şartları ve Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Konya 2008, sf. 102.

§2. İdari Denetim Üzerine Görüşler

Doktrinde, genel işlem koşullarının idari denetimi konusunda lehe ve aleyhe görüşler mevcuttur. İdari denetimin olması gerektiğini savunan görüşlere göre, idari denetim bir ön denetimdir. Ön denetimin de bilgilendirme sorununu ortadan kaldıracığı, işlem masraflarını azaltarak sosyal refahı artıracığı, standart sözleşmeler üzerinde sosyal açıdan arzu edilmeyen dava süreçlerini azaltacağı, alıcılar ile satıcılar arasındaki güveni artırarak pazar unsurlarının özerkliğini sağlayacağı öne sürülmüştür.²³⁰

Genel işlem koşullarının idari denetimine karşı çıkan görüşlerin temel çıkış noktası, yargısal denetimin temel denetim mekanizması olduğu kanısıdır. Doktrinde de idari denetime karşı, idari denetimin kabulünün irade özerkliği ilkesinden ciddi bir şekilde taviz verme anlamına geleceği²³¹, genel işlem koşullarının ekonominin farklı sektörleri için kullanılması sebebiyle bunların denetlenmesi amacıyla her sektör için ayrı bir idari mekanizma oluşturmanın büyük bir organizasyon gerektireceği ve bunun da meydana getireceği idari bürokrasinin ayrı bir sorun kaynağı olacağı²³² noktalarında toplanmaktadır. Bunun yanında, yargısal denetimde nasıl ki mahkemeye başvurulmadığında yargısal denetim yapılamıyorsa, idari denetimde de genel işlem koşullarını denetlenmek üzere ilgili makama sunulduğunun garantisi olmadığı ve bu hususun da ayrıca denetlenmesi gerekeceği, bu şekilde sürekli denetlenme gereksinimin de güçlükler doğuracağı dile getirilmektedir. Ayrıca idari denetimde, idari makamlardan onay alma mecburiyetinin doğmasının, genel işlem koşullarını değişen koşullara uyumlu hale getirme konusunda işletmeler açısından engelleyici bir durum oluşturacağı, bunun da genel işlem koşullarının rasyonelleştirme amacına uygun olmayan sonuçlar doğuracağı belirtilmektedir.²³³

Buna karşın, genel işlem koşullarının kullanılmaya başlanmadan önce idari makamların ön denetiminden geçmesi ve onaylanmasının bu şartlar için zorunlu bir unsur

²³⁰ **BECHER**, Shmuel I; A "Fair Contracts" Approval Mechanism: Reconciling Consumer Contracts and Conventional Contract Law, University of Michigan Journal of Law Reform 747 (2009) Issue. 42, sf. 47; Aktaran, **AÇIKGÖZ**, Sf. 226-227.

²³¹ **SİRMEN**, Lale; Bankalar ve Genel İşlem Koşulları, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, (109-133) sf. 112. **YILDIZ**, Mustafa Göktürk; Son Kullanıcıyla Akdedilen Elektronik Haberleşme Hizmeti Sözleşmesi, sf. 59.

²³² **HAVUTÇU**, Sf. 50. **YILDIZ**, Sf. 59.

²³³ **ATAMER**, Yeşim; Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının denetlenmesi, sf. 51-52.

olması gerektiği yönünde görüşler de ileri sürülmüştür. Gerçekten de idari ön denetimle her sektörde kullanılan genel işlem koşullarının taraflar arasında minimum bir dengeyi sağlamayı en azından garantileyeceği ve yargısal denetiminin beraberinde getirdiği belirsizlikleri ortadan kaldıracığı ileri sürülmüştür. Bu şekilde bir ön denetimin, taraf iradelerinin uyuşması sonucu sözleşme içeriği haline gelen genel işlem koşullarının bu gerçeğini değiştirmeyeceğini, ayrıca söz konusu koşullar bir kez idari bir ön denetimden geçse bile, karşı tarafın adil olmayan bu koşulların hükümleri aleyhine dava açarak yargısal denetime başvurusunun önünde bir engel olmadığı ifade edilmiştir.²³⁴

Yukarıda açıklanan çeşitli görüşlerin ardından tarafımızca çıkartılan sonuç, genel işlem koşullarının idari denetimi, yargısal denetimi gölgede bırakmadan ve onun tamamlayıcısı olarak Türk hukukunda yer bulabilir. Zira idari denetim, genel işlem koşullarının henüz karşı tarafa sunulmadan gerçekleştirilen, dolayısıyla önleyici bir niteliği bulunan bir mekanizmadır ve bu sebeple idari denetimin ilgili kurumlarca etkin bir şekilde işletilmesi aynı zamanda yargısal denetim talebini de azaltabilecektir. Ayrıca, genel işlem koşullarının, tüm Türkiye’de faaliyet gösteren kuruluşlarca kullanıldığı göz önünde bulundurulduğunda, idari denetimin rolü çok daha büyük olmaktadır. Çünkü bütün bir ülkede kullanılacak sözleşme hükümlerinin, öncelikle konunun uzmanı olan idari kuruluşlarca gözden geçirilmesi, ülke genelinde ileride çok sayıda çıkabilecek bazı uyuşmazlık ve davaların önüne geçebilecektir.

§3. Mevzuatta İdari Denetim Öngören Kurallar

Türk hukukunda genel işlem koşulları içeren sözleşmelerde idari denetim öngören kuralların biri sigortacılık kanunu m.11/1’de yer almaktadır. Buna göre, “*Sigorta sözleşmelerinin ana muhtevası, Müsteşarlıkça onaylanan ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara uygun olarak düzenlenir. Ancak, sigorta sözleşmelerinde işin özelliğine uygun olarak özel şartlar tesis edilebilir. Bu hususlar, sigorta sözleşmesi üzerinde ve özel şartlar başlığı altında herhangi bir yanılığa neden olmayacak şekilde açık olarak belirtilir.*” Kanunda da açıkça belirtildiği üzere, sigorta sözleşmelerinin içeriği, Hazine Müsteşarlığı tarafından onaylanmak durumundadır. O halde söz konusu sözleşmelerin idari denetim makamı Hazine Müsteşarlığıdır. Ancak

²³⁴ KOCAYUSUFPASAOĞLU, Sf. 240. YILDIZ, Sf. 59. KARTAL Sf. 102.

tarafıar, sözleşmeye aralarında anlaşıp uzlaşarak ek maddeler koyabilmektedir. Koyulan bu maddelerin ise idari denetime tabi tutulması söz konusu değildir. Zaten tarafların karşılıklı pazarlık edip uzlaştıkları hükümler bireyselleşen hükümlerden sayılıp genel işlem koşulları içerisinde değerlendirilmemektedir.

İdari denetim öngören kurallardan bir diğeri ise, Elektronik Haberleşme Kanunu m. 60/1'dir. Buna göre, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun, elektronik hizmetler sunan işletmelerin hazırladıkları şartlar üzerinde denetleme yetkisine sahiptir. Aksi halde kurum, bu kuruluşlara idari para cezaları kesebilmektedir.

Bunun dışında, 05.09.2010 tarihli ve 25574 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan, Telekomünikasyon Kurumu Tarafından işletmecilere uygulanacak İdari para cezaları ile diğ er müeyyide ve tedbirler hakkında yönetmeliğ in 11.maddesinin (b) bendine de *“İşletmecinin, abonelerle Kurum tarafından onaylanmayan “abonelik sözleşmesi” imzalaması veya abonelik sözleşmesinde Kurum tarafından istenen değ iş ikliğ i yapmaması,”* şeklindeki ifadeden hareketle, bu sektördeki abonelik sözleşmelerinin de idari denetime tabi olduğunu ileri süren görüşler mevcuttur.²³⁵Kanaatimizce bu görüş isabetlidir. Zira madde metninden, abonelik sözleşmelerinin Telekomünikasyon Kurumu tarafından onaylanması ibaresi, idari makamların genel işlem koş ulları üzerindeki denetimini açıkça ortaya koymaktadır.

Sonuç olarak, genel işlem koş ullarının idari denetimi, yargısal denetim içinde yer almayıp söz konusu koş ulların henüz bir sözleşmenin içeriğ i haline gelmeden ve birtakım üst kuruluşlar tarafından yapılan denetimdir. Nitekim genel işlem koş ullarının yargısal denetimine ilişkin TBK 20-25. maddeler, bu koş ulların sözleşmenin içeriğ ine dâhil olup olmadığını; eğer dâhil olmuş ise yorum ve içeriğ inin ne şekilde ele alınması gerektiğ ini düzenlemektedir. Ancak idari denetimden kasıt, önceden hazırlanıp birden çok kez kullanmak amacıyla basılmış metinlerde yer alan şartların incelenmesidir.

İdari denetimin yargısal denetimden bir diğ er farkı ise yargısal denetim; kişı, konu veya nitelik ayırmaksızın gerekli tanıma uyan tüm sözleşmelerde uygulanabilirken idari denetimin iş letilebilmesi için mevzuatta belirli tür sözleşmeler için özel hükümlerin

²³⁵ **KOCA**, Güneş; Tüketicinin Korunması Açısından Abonelik Sözleşmeleri, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2004.

bulunması gerekmektedir. Örneğin banka kredi sözleşmelerinin karşı tarafla imzalanması durumunda bu sözleşme herhangi bir sebeple yargı organları önüne geldiğinde tüm yargısal denetim yollarına başvurulabilir. Ancak bu sözleşme şartlarının idari denetim yoluyla denetlenebilmesi için, söz konusu bankanın bağlı olduğu üst kuruluşa, standart banka kredi sözleşmelerinin içerdiği şartları denetleme yetkisi verilmesi gerekmektedir.

Kanaatimizce idari denetim ile yargısal denetim arasındaki en önemli fark ise idari denetimin önleyici bir denetim mekanizması olması karşısında yargısal denetimin sonradan yapılabilen bir denetim olmasıdır. Zira genel işlem koşullarının idari denetiminde, önceden hazırlanan sözleşme şartlarının henüz kullanılmaya başlanmadan denetlenmesi söz konusudur. Yargısal denetim ise genel işlem koşullarının ancak karşı tarafa sunulmasından sonra gündeme gelebilir.

SONUÇ

Kanuni tanımıyla genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Sözleşme özgürlüğü, sağlıklı bir rekabet ortamına ve sözleşmenin tarafları arasında güç dengesi bulunmasına bağlıdır. Genel işlem koşulları bu bağlamda, sözleşme özgürlüğü ile çelişebilecek nitelikte bir yapıya sahip olabilmektedir. Bu durumu önlemeye ve sözleşme tarafları arasında adil bir denge kurmaya çalışan kanunkoyucu, çağdaş hukuk sistemlerindeki gelişmelere paralel olarak genel işlem koşulları hakkında düzenlemeler ihdas etmiştir.

Kanun deyiminde kullanılan genel işlem koşulları, aynı zamanda ‘şartları’ olarak da kullanılabilir. Ayrıca kanundaki ‘düzenleyen’ ifadesi de genel işlem koşullarını kullanan taraf olarak anlaşılmalıdır. Zira genel işlem koşulları, bu sözleşmeyi kullanan tarafça hazırlanmak yerine hazırlatılmak sureti ile de oluşturulabilmektedir. Yine kanunda ‘tek başına’ ifadesinden de tek taraflı olarak hazırlandığı anlamını çıkarmak gerekmektedir.

Kanunda yer alan ‘karşı tarafın menfaatine aykırı olan’ deyim, hükmü anlaşılır olmaktan uzaklaştırmaktadır. Zira yürürlük denetimi, sözleşmenin içeriğine girilmeden yapılması gereken bir denetimken; karşı tarafın menfaatine aykırı olan şartları tespit işi ise sözleşmenin içeriğine bakmak suretiyle yerine getirilebilir. Ayrıca buradan ‘karşı tarafın menfaatine aykırı olmayan’ genel işlem koşullarının sanki yürürlük denetimine tabi tutulmadan geçerlilik kazanacağı şeklinde bir anlam çıkabilmektedir.

Kanunda yer alan yazılmamış sayılma müeyyidesi, kendine özgü nitelikler barındırmaktadır. Ancak bu müeyyide kanımızca kısmi kesin hükümsüzlük yaptırımı şeklinde anlaşılmalı ve sözleşmenin geriye kalan hükümlerin geçerliliğini etkilememektedir. Zira bu anlam TBK’nın 22. maddesinde yer alan; *“düzenleyen, yazılmamış sayılan hükümler olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez”* deyiminden çıkmaktadır.

Genel işlem koşullarının yorum denetimi, TBK m. 23 ile hükme alınmış olmakla birlikte burada, somut sözleşme gereğince tarafların varsayılan iradeleri göz önünde bulundurulmalı, açık ve anlaşılır olmayan ve birden çok anlama gelen hükümler ayırt edilmelidir. Anlaşılmayan veya birden çok anlama gelen şartlar ‘karşı taraf lehine yorum’ ilkesi gözetilerek yorumlanmalıdır.

6098 sayılı TBK döneminden daha önce kurulan sözleşmeler bakımından; yorum denetiminde sözleşmenin içeriği göz önünde bulundurulduğu için yorumu gereken genel işlem koşullarının, kamu düzeni ve genel ahlak kurallarını ilgilendirip ilgilendirmediği gözetilerek buna göre bir çıkarım yapılmalıdır. Zira kamu düzeni ve genel ahlak kuralları kapsamında kalan şartlar da karşı taraf lehine yorum ilkesinden faydalanabilmelidir.

Genel işlem koşullarının içerik yönünden denetlenebilmesinin şartı, söz konusu genel işlem koşullarının karşı tarafın aleyhine olması yahut karşı tarafın durumunu ağırlaştırır nitelikte olmasıdır. Ayrıca bu şartların dürüstlük kurallarına da aykırılık teşkil etmesi gerekmektedir. Zira kanunda içerik denetiminde kullanılacak tek kriterin dürüstlük kuralları olması gerektiği ifade edilirken uygulamada hâkimlerden sadece bu kriteri kabul etmesini beklemek doğru olmayacaktır. Hâkim içerik denetimi yaparken bunun yanında genel hükümler çerçevesinde emredici hükümler, kişilik hakları, ahlaka aykırılık ve imkânsızlık hallerini de göz önünde tutacaktır.

İçerik denetimi, sözleşmenin esasının tam anlamı ile incelendiği denetim aşamasıdır. O halde, 6098 sayılı TBK döneminden daha önce kurulan sözleşmeler de mutlak olarak bu denetimden geçmelidir. Zira içerik denetimi ile yapılmak istenen, sözleşme hükümlerinin emredici kurallar ve dürüstlük kuralları dairesinde denetlenip taraf menfaatlerini adil bir şekilde dengelemektir.

Genel işlem koşullarının idari yönden denetlenmesi, istisnai bir denetim türü olup nitelik itibarıyla bir ön denetim mekanizması şeklindedir. Zira idari denetim, genel işlem koşullarının henüz karşı tarafa sunulmadan; belli idari otoriteler tarafından denetlenip uygun görülmeyen şartların çıkarılması şeklinde yapılmaktadır. İdari denetimin istisnai nitelik taşıması, ancak özel kanun hükümlerince bu şartları kullanan taraflara böyle bir denetim mekanizması getirilmiş ise mümkün olmasından dolayıdır.

Doktrinde idari denetimin çeşitli nedenlerle yapılmaması gerektiği yönünde görüşler olsa da kanaatimizce idari denetim, yargısal denetim kadar etkili olmayan fakat önleyici bir imkân sağladığından, hukuk sistemimizde hemen her alanda olmalıdır. Sözleşme hükümlerini tek taraflı olarak hazırlayan ve karşı tarafa hiçbir şekilde müzakere sunmayan tarafın idarece sınırlandırılması; sözleşme özgürlüğünün ve taraf eşitliğini sağlanmasında doğrudan rol oynayamasa da en azından kullanan tarafın sınırlarını belirlemiş olacak ve ortaya fahiş sonuçların çıkmasını engelleyebilecektir.



KAYNAKÇA

- AÇIKGÖZ**, Osman; Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Şartları, 1.baskı, İstanbul 2013
- AKINCI**, Şahin; Borçlar Hukuku Bilgisi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış 5. Bası, Konya 2011
- AKINTÜRK**, Turgut/**KARAMAN** Derya Ateş; Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2013
- AKİPEK**, Jale G./**AKINTÜRK**, Turgut/**KARAMAN**, Derya Ateş; Türk Medeni Hukuku, 1. Cilt, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, İstanbul 2012
- AKKANAT**, Halil; Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının MK m. 2 Hükmü Aracılığı ile Anlaşılması: Örnek Bir Yargıtay Kararı ve Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, Cilt II, İstanbul 2007, sf. 1655-1668.
- AKMAN** G. Sermet; Genel İşlem Şartları, GYD, Mart 1979, Sayı 35, sf. 13-18. (Kısaltılışı: AKMAN, GİŞ)
- AKMAN**, G. Sermet; Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul, 1976. (Kısaltılışı: AKMAN, Sorumsuzluk)
- AKMAN**, Alpaslan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Şartları, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 86, sayı2012/5, Eylül- Ekim 2012
- AKYOL**, Şener; Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Baskı, İstanbul 2006. (Kısaltılışı: AKYOL, Dürüstlük)
- AKYOL**, Şener; Medeni Hukuka Giriş, Prof. Dr. Bülent Köprülü'nün Anısına Armağan, 2.baskı, İstanbul 2006. (Kısaltılışı: AKYOL, Medeni).

AKYOL, Şener; Medenî Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul 2007. (Kısaltılışı: AKYOL, Çelişki)

AKYOL, Şener; Sözleşmenin Yorumu, İstanbul 2010 (Kısaltılışı: AKYOL, Sözleşmenin Yorumu)

ALTOP, Atilla, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi” Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. RayeganKender’e 50. Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007, s. 254–260Atilla, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. RayeganKender’e 50. Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007

ANTALYA, O. Gökhan; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2012

ARAL Fahrettin/**AYRANCI** Hasan; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2012

ARKAN, Sabih; Ticari İşletme Hukuku, 16. Baskı, Ankara 2012

ARSLAN, Ramazan; Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, sf. 24.

ATAAY, Aytekin; Medeni Hukukun Genel Teorisi, 3. Baskı, İstanbul 1980

ATAMER Yeşim M, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 1999. (Kısaltılışı: ATAMER, Denetleme)

ATAMER, Yeşim M., “Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, sf. 291-331. (Kısaltılmışı: ATAMER, Yeni Açılımlar)

ATAMER, Yeşim M.: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”, HPD, Ağustos 2005, S:4 (Kısaltılmışı, ATAMER, Tasarı)

ATAMER, Yeşim M.: Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1 ile Karřılařtırılmalđ Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 8 Nisan 2011, sf. 7-73. (Kısaltılmışı: ATAMER, Karşılaştırma)

ATEş, Derya; Sözleşme zgrlğ Yönünden Dürüstlük Kuralları, TBBD, sayı 72, yıl 2007.

AYAN, Mehmet; Borçlar Hukuku Genel Hükümler 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış 7. Baskı, Konya 2012

AYBAY, Aydın; Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm, 13. Baskı, İstanbul 2011

AYDIN, Sema; Alım Satıma Aracılık ereve Sözleşmelerinde Yer Alan Genel İşlem şartlarının Değerlendirilmesi, YHFD, C. V, Sayı 1, Yıl, 2008, sf. 101-123.

AYDOğDU, Murat; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, İzmir 2013, sf. 571-621.

AYDOğDU, Murat; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 13, Sayı: 2, 2011, sf. 571-621.

AYHAN, Rıza/**ÖZDAMAR**, Mehmet/**AğLAR**, Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2013

AYRANCI, Hasan/ **ARAL** Fahrettin; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku zel Borç İlişkileri, 9.bası, Ankara 2012

AYRANCI, Hasan; Enerji Sözleşmeleri, Ankara 2010

AYVERDİ, İlhan; Misalli Büyük Türkçe Sözlük, C.3, İstanbul 2006

BAĞRIACIK, Safiye Nur; Genel İşlem Şartları Ve Denetlenmesi, İKÜHFD, Yıl 11, Cilt 11, Sayı 2, Temmuz 2012, sf. 141-173.

BAŞALP, Nilgün; Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaleti Sağlanması Amacıyla Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Korunması: İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler, Prof. Dr. Şenel Akyol'a Armağan, sf. 221-238

BAŞPINAR Veysel; Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998

BAŞPINAR, Veysel; Vekilin, (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004

BELBEZ, Hikmet; Akitlerde Sükûnun Ehemmiyeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, sayı 2, sf. 210-231.

BECHER, Shmuel I; A "FairContracts" ApprovalMechanism: Reconciling Consumer ContractsandConventionalContractLaw, University of Michigan Journal of Law Reform 747 (2009) Issue.

ÇINAR, Tüketici Hukukunda Haksız Şartları, İstanbul 2009

DAYINDARLI, Kemal; Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni, Tahkime Etkileri ve Sonuçları, Ankara 2011.

DEMİR, Mehmet; Cezai Şart Kaydına Genel İşlem Koşulları Arasında Yer Verilmesi Sorunu, Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan, Ankara 2005, sf. 437-447.

DOĞAN, Gül; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullar, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, sf. 459-473.

DURAL, Mustafa/**SARI**, Suat; Türk Özel Hukuku, 1. Cilt, Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2012

EDİS, Seyfullah; Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'na 70 yaş Armağanı, Ankara 1975 (SF. 447-460) (Kısaltılmışı: EDİS, Doğruluk ve Güven)

EDİS, Seyfullah; Medeni Hukuka Giriş Ve Başlangıç Hükümleri, Gözden Geçirilmiş Dördüncü Baskı, Ankara 1989 (Kısaltılmışı: EDİS, Başlangıç)

ENGİN, B. İlkay; Türk Hukukunda Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, Türk-İsviçre Hukuk Günleri, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul 2010, sf. 75-100.

ERDOĞAN, İhsan; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006

EREN, Fikret; 6098 sayılı Borçlar Kanunu'na göre hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18.Baskı, Ankara 2015

EREN, Fikret; Genel İşlem Şartlarında İçerik Denetimi, İzmir Barosu Dergisi, Yıl 80, Sayı 3, Eylül 2015, sf. 289-323, (Kısaltılmışı, EREN, Makale)

ERİŞİR, Evrim; Yetki Şartlarının Genel İşlem Koşulu Denetimi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014 (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, sf. 1141-1213

ESENER, Turhan; Borçlar Hukuku I, Akitlerin Kuruluşu Ve Geçerliliği (BK m. 1-40), Ankara 1969

FEYZİOĞLU, Feyni N/**DOĞANAY**, Ümit/**AYBAY**, Aydın; Medeni Hukuk Dersleri, Cilt 1, Temel Prensipler-Şahsın Hukuku-Aile Hukuku, İstanbul 1966

GÜMÜŞ, Mustafa Alper; 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. I, İstanbul 2014

GÜRİZ Adnan; Hukuk Başlangıcı, 14. Baskı, Ankara 2012.

HATEMİ Hüseyin/**GÖKYAYLA** Emre; Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 6098 Sayılı TBK Esas Alınarak Hazırlanan 2. Bası, İstanbul 2011

HATEMİ, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK m. 65 Kuralı), İstanbul 1976 (Kısaltılmışı: HATEMİ, Ahlaka Aykırılık.)

HATEMİ, Hüseyin; Borçlar Hukukunun Genel İlkeleri Açısından Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Borç İlişkileri (Borç Kaynakları) Bölümünün Değerlendirilmesi, Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006 (kısaltılmışı: HATEMİ, Değerlendirme.)

HATEMİ, Hüseyin; İntikal Dönemi Hukuku, İstanbul 2004

HAVUTÇU, Ayşe; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İzmir Barosu Dergisi, yıl:76, Nisan 2011, s.29-46.

HAVUTÇU, Ayşe; Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003 (Doçentlik Tezi).

HAVUTÇU, Ayşe, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Düzenleyenler: Legal Yayıncılık – Marmara Üniversitesi, Legal HD, C. 3, S. 34, 2005(MÜ Sempozyumu

HELVACI, İlhan; Gerekçeli-Karşılaştırmalı-İçtihatlı-Notlu Yeni Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, İstanbul 2011

İNAN, Ali Naim; Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Ders Kitabı), 3.Baskı, Ankara 1984

İNAN, Ali Naim; Medeni Hukuk, Ankara 2005

JAUERNIG, Othmar/**STADLER** Astrid; Kommentar zum BGB 16. Auflage 2015

KAPLAN, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, 3. Baskı, Ankara 2013

KAPLAN, İbrahim; Banka Standart Sözleşmeleri Ve Banka Genel İşlem Şartları, BATİDER, Yıl 1991, Cilt XVI, Sayı 2, sf. 47-89.

KAPLAN, İbrahim; Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler), Ankara 2009

KARADAĞ, Özgür; Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, Ankara 2014

KARAHASAN, Mustafa Reşit; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Öğreti-Yargıtay Kararları Ve İlgili Mevzuat, 1.cilt, Ankara 2013.

KAŞAK, Esra; sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine aykırı genel işlem koşulları (6098 sayılı TBK m. 21/2), İÜHFD, C.3, S.1, yıl 2012, sf. 415-430.

KILIÇOĞLU, Ahmet M; Borçlar Hukuku Genel Hükümleri Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış 16. Baskı, Ankara 2012

KIRKBEŞOĞLU, Nagehan; Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Uyarlanmış, İstanbul 2011

KOCAMAN, Arif B; Bankaların Tacir Ve Sanayiciler İle Yapmış Oldukları Genel Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi Ve Çözüm Önerileri, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt I Ticaret Hukuku, İstanbul 2003, sf. 1085-1127.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt I, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki işlem-Sözleşme, 5.bası, İstanbul 2010

KÖPRÜLÜ, Bülent; Medeni Hukuk, Genel Prensipler-Kişinin Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1984

KÖSE, Gülşen; Kamu Düzeni Kavramı ve Kamu Düzenine Aykırılığın Sonuçları, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, sf. 1269-1300.

KUNTALP, Erden; “Bankalar ve Genel İşlem Koşulları”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, 08.04.2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2012, sf. 79-102

KURTOĞLU, Serda; Türk Medeni Hukuku Dersleri, İstanbul 1976

OĞUZ, Cemal *Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1993.

OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 11. Baskı, İstanbul 2013

OZANOĞLU, Hasan Seçkin; İstisna Ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları, GÜHFD, Haziran-Aralık 1999, Cilt 3, Sayı 1-2,

OZANOĞLU, Hasan Seçkin; Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulama Alanı), AUHFD, cilt50, sayı 1, yıl 2001, sf. 55-90.

OZANOĞLU, Hasan Seçkin; Yargıtay Uygulamasında TKHK’nın uygulama alanı bakımından isimsiz sözleşmeler, ABD, yıl 2000, sayı 3, sf. 53-69.

ÖKÇÜN, A. Gündüz; Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Ankara 1997

ÖZCAN, Hüseyin; Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Ankara 1975

ÖZSUNAY, Ergun; Borçlar Hukuku I, Giriş-Hukuki Muamelelerden Doğan Borçlar-Nedensiz Zenginleşmeler, 2. Baskı, İstanbul 1983

ÖZSUNAY, Ergun; Medeni Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul 1978

REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 21. Bası, İstanbul, 2010

SAYMEN, Ferit H; Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt 1, Umumi Hükümler, İstanbul 1950

SENCER, Muzaffer; Yöntembilim Terimleri Sözlüğü, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 1981

SİRMEN, A. Lâle; Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Değerlendirilmesi, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler- Tartışmalar, Ankara 08.04.2011, sf. 107-134.

SOYER, Polat; Genel İş Koşulları, İzmir 1987

SUNGURBEY, İsmet; Türkiye’de Bankaların İç Yüzü, Tekirdağ 1994

SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, Beta Yayınları, 13. Baskı, İstanbul 2017

ŞEKER, Muzaffer : “6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre İnternet Üzerinden Sözleşmelerin Kurulması”, 10.Yıl’a Armağan, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 11, S. 22, Güz 2012/2.

ŞEKER, Muzaffer; Yazılmamış Sayılma, 1. Baskı, İstanbul 2015.

T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Borçlar Kanunundan Türk Borçlar Kanunu’na, Temmuz 2011

TANDOĞAN, Haluk; Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması, Ankara 1977

TEKİL, Fahiman, Borçlar Hukuku, İstanbul 1980

TEKİNAY Selahattin Sulhi/**AKMAN** Sermet/**BURCUOĞLU** Haluk/**ALTOP** Atilla, Borçlar Hukuku cilt I, 5.baskı, İstanbul 1985

TOPUZ, Murat; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, sf. 1138-1174.

TUNÇOMAĞ, Kenan; 1962 Yılında Yayımlanmış Borçlar Hukuku İle İlgili Yargıtay Kararları Üzerine Kısa İncelemeler, BATİDER yıl 1964 cilt II, sf. 417-450.

TUNÇOMAĞ, Kenan; Türk Borçlar Hukuku, 1.cilt, Genel Hükümler, 6.baskı, İstanbul, 1976

ULUSAN, İlhan; Türk Borçlar Kanunundaki Genel İşlem Şartlarına İlişkin Yeniliklerle İlişkili Bazı Düşünceler, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013.

VELDET, Hıfzı; Türk Medeni Hukuku, Cilt I, Başlangıç ve Şahsın Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1948

YAĞCIOĞLU, Ali Haydar; Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (Uwg Art. 8), Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı 2013, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, İzmir 2013, 3057-3098.

YAVUZ, Mustafa; Elektrik Piyasası Kanunu'nun Öngördüğü Hukuki Rejim ve Elektrik Tedarik Sözleşmeleri – Özellikle İkili Anlaşma, İstanbul 2011

YELMEN Adem, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları, Ankara 2014

YENİOCAK, Umut; Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi, TBB Dergisi 2013, sayı107, sf. 75-95.

YILMAZ, Ejder; Hukuk Sözlüğü, 10. Baskı, Ankara 2011

ZEVLİLİLER, Aydın; Medenî Hukuk, Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, 5. Baskı, Ankara 1995

ZEYTİN, Zafer; Türk Medeni Hukuku, 2.baskı, Ankara 2013

EKLER

Ek-1.Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik

Haksız Sözleşme Şartları

(1) Aşağıda yer alan sonuçları hedefleyen veya bu sonuçları doğuran şartlar haksız şarttır.

a) Sözleşmeyi düzenleyenin bir fiili veya ihmali nedeniyle, tüketicinin hayatını kaybetmesi, yaralanması veya maddi zarara uğraması halinde, sözleşmeyi düzenleyenin yasal sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan şartlar,

b) Sözleşmeyi düzenleyenin, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden herhangi birini tamamen veya kısmen ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi halinde, tüketicinin herhangi bir alacağını sözleşmeyi düzenleyene karşı var olan bir borcuyla takas etme hakkı dahil, sözleşmeyi düzenleyene veya bir üçüncü şahsa yöneltebileceği yasal haklarını ortadan kaldıran ya da ölçüsüz şekilde sınırlayan şartlar,

c) Sözleşmeyi düzenleyenin, sadece kendisi tarafından belirlenen koşullarda edimini ifa edeceği, buna karşılık tüketicinin her halde ifa ile yükümlü tutulduğu şartlar,

ç) Tüketicinin sözleşmeyi kurmaktan veya ifa etmekten vazgeçmesi hallerinde sözleşmeyi düzenleyene tüketicinin kendisine ödediği bedeli muhafaza etme hakkı tanıyan, ancak sözleşmeyi düzenleyenin aynı türden davranışları için tüketiciye benzer bir tazminat hakkı tanımayan şartlar,

d) Yükümlülüklerini yerine getirmeyen tüketicinin, orantısız biçimde yüksek bir tazminat ödemesini gerektiren şartlar,

e) Sözleşmeyi düzenleyene, sözleşmeyi keyfi bir şekilde fesh etme hakkı tanıyan ancak tüketiciye aynı hakkı vermeyen şartlar ile sözleşmeyi düzenleyenin fesih hakkını

kullanmasına rağmen, henüz ifa etmediği edimler karşılığında almış olduklarını muhafaza etme hakkı veren şartlar,

f) Sözleşmeyi düzenleyene, haklı sebeplerin var olduğu durumlar hariç olmak üzere, belirsiz süreli bir sözleşmeyi makul bir bildirimde bulunmaksızın ve süre tanımaksızın feshetme hakkı tanıyan şartlar,

g) Belirli süreli sözleşmelerde, sözleşmenin belirlenen süre kadar uzayacağına ilişkin konulan şartlar,

ğ) Tüketicinin, sözleşmenin kurulmasından önce fiilen bilgi sahibi olamayacağı sözleşme şartlarını, geri dönülemez bir şekilde kabul ettiğini öngören şartlar,

h) Sözleşmeyi düzenleyenin sözleşme şartlarını, sözleşmede belirtilen haklı bir sebep olmaksızın tek taraflı olarak değiştirmesine imkan veren şartlar,

ı) Sözleşmeyi düzenleyenin, sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliklerini tek taraflı olarak ve haklı bir sebep olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlar,

i) Sözleşmeyi düzenleyenin mal veya hizmetin bedelini, ifa anında tespit edebileceğini veya yükseltebileceğini öngören ve nihai bedelin, sözleşmenin kurulması anında tespit edilen bedele nazaran çok yüksek olması halinde, tüketiciye sözleşmeden dönme hakkı tanımayan şartlar,

j) Sözleşmeyi düzenleyene, mal veya hizmetin sözleşme koşullarına uygun olup olmadığını tespit etme hakkı veren veya bir sözleşme şartının nasıl yorumlanacağı konusunda münhasır yetki veren şartlar,

k) Sözleşmeyi düzenleyen adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler tarafından verilen taahhütleri yerine getirme yükümlülüğünü sınırlandıran veya bu yükümlülüğü belli bir şekil şartına uyulmuş olmasına bağlayan şartlar,

l) Sözleşmeyi düzenleyenin yükümlülüklerini yerine getirmemesine rağmen tüketicinin bütün yükümlülüklerini yerine getirmesini zorunlu kılan şartlar,

m) Sözleşmeyi düzenleyene, tüketicinin sahip olduğu teminatların azaltılmasına neden olabilecek şekilde, sözleşme kapsamındaki hak ve yükümlülüklerini, tüketicinin onayı alınmaksızın devretme imkanı veren şartlar,

n) Tüketicinin özellikle, hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngörmek, gösterebileceği delilleri ölçüsüz derecede sınırlandırmak veya mevcut hukuki düzen uyarınca diğer tarafta olan ispat külfetini tüketiciye yüklemek suretiyle tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkanını ortadan kaldıran veya sınırlandıran şartlar,

(2) (f), (h) ve (i) alt bentlerin uygulama alanı:

a) (f) alt bendi için, sözleşmede tüketicinin derhal haberdar edilmesi yükümlülüğünün bulunması şartıyla, finansal hizmet ifa edenler, önemli bir sebebin varlığı halinde, belirsiz süreli bir sözleşmeyi tek taraflı ve süre vermeksizin feshetme hakkını tanıyan şartlara sözleşmede yer verebilir.

b) (i) alt bendi için, ilgili mevzuatta aksine bir hüküm bulunmaması ve fiyat değişikliği yönteminin sözleşmede açıkça belirlenmiş olması şartıyla sözleşmede fiyat endeksi hükümlerine yer verilebilir.

c) (f), (h) ve (i) alt bentleri aşağıdaki işlemlere uygulanmazlar:

1) Fiyatı borsa kotasyonuna veya endeksine veya sermaye piyasasındaki kur oynamalarına bağlı olarak, sağlayıcının müdahalesi olmaksızın değişebilen menkul kıymet, finansal araç veya diğer mal ve hizmetlere ilişkin işlemlere ve

2) Yabancı para alımına veya satımına, seyahat çeki veya yabancı para cinsinden belirlenen uluslar arası para havalesine ilişkin sözleşmelere.